



INFÀNCIA I OPORTUNITATS

SINDICATURA DE GREUGES
DE BARCELONA

Sindicatura de Greuges de Barcelona
Ronda de Sant Pau, 43-45, 08015 Barcelona
Telèfon 93 413 29 00
Fax 93 413 29 10
sindicadegreuges@bcn.cat
www.sindicadegreugesbcn.cat

Edició i impressió: Ajuntament de Barcelona
Direcció d'Imatge i Serveis editorials
© de l'edició: Ajuntament de Barcelona
© fotografia de portada: MEVR
Dipòsit legal: B-46.611-2009

INFÀNCIA I OPORTUNITATS



SINDICATURA DE GREUGES
DE BARCELONA

A Joan Lluís Casanovas Mañà
Ànima de l'escola Cintra
In memoriam

**Ponències de la Taula Rodona sobre els
Drets de la Infància en Risc a Barcelona**
efectuada en ocasió del 20è aniversari
de la Convenció Internacional dels Drets de la Infància
i de la presentació del projecte de Llei dels
Drets i Oportunitats de la Infància.

18 de juny de 2009
Sindicatura de Greuges de Barcelona
Col·legi d'Advocats de Barcelona

Sumari

Presentació	9
--------------------------	---

Introducció

de la Síndica de Greuges de Barcelona, Pilar Malla: La prevenció del risc i el treball social en l'Avantprojecte de llei dels drets i les oportunitats de la infància	13
---	----

Introducció

de la Degana del Col·legi d'Advocats, Silvia Giménez-Salinas: La Convenció Internacional dels Drets de la Infància, i les garanties jurídiques dels menors en risc	21
--	----

Ponència I

El nou sistema de protecció de menors en risc davant la Convenció Internacional dels Drets de la infància. Marino-Enrique Villa. Adjunt a la Síndica de Greuges	33
---	----

Ponència II

Capacitat dels menors. Dolors Viñas. Magistrada de l'Audiència Provincial de Barcelona	63
---	----



Ponència III

Competències locals i protecció d'infants i adolescents.

Joan Manel Abril. Director dels Serveis Jurídics Municipals
de Barcelona 95

Ponència IV

La intervenció de l'advocacia en relació a persones

menors. Montserrat Tur. Advocada de l'ICAB 115

Ponència V

Les mesures protectores de l'acolliment i de l'adopció.

Xavier Campà. Advocat de l'ICAB 135

ANNEX 1

Convención sobre los Derechos del Niño. Adoptada y abierta
a la firma y ratificación por la Asamblea General de la ONU
en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989 169

ANNEX 2

Constitució i Estatut d'Autonomia

(extracte sobre infància) 199

Presentació

La Convenció Internacional dels Drets de l'Infant és una veritable Constitució de la infància a escala mundial, i tots i cada un dels seus articles s'han de donar a conèixer per tal que siguin assumits per tothom com a valors preferents de la nostra societat.

Una posada en pràctica d'aquest esperit ha estat l'esforç de la Secretaria d'Infància de la Generalitat d'impulsar una nova legislació per a la millora dels drets de la infància i per a la promoció de les oportunitats que els infants i adolescents han de tenir si volem que ells al seu dia puguin millorar la societat.

Amb aquest convenciment, la Síndica de Greuges de Barcelona i el Col·legi d'Advocats de Barcelona, en ocasió del 20è aniversari de l'aprovació de la Convenció per l'Assemblea de l'ONU, han congregat juristes i altres professionals que treballen per la infància en risc per debatre'n la problemàtica i analitzar les propostes de millora legal.

Diu l'exposició de motius de la Convenció: Considerant que l'infant ha de ser preparat plenament per a una vida independent en societat, i educat en l'esperit dels ideals proclamats a la Carta de les Nacions Unides i, en particular, en un esperit de pau, dignitat, tolerància, llibertat, igualtat i solidaritat. I també diu que hem de reconèixer que en tots els països del món –i per tant també en el nostre– hi ha nens que viuen en condicions excepcionalment difícils i que aquests nens necessiten una especial consideració.

Reconeixem que en el nostre país hi ha menors d'edat en condicions de precarietat i desigualtat, i també de maltractaments de tot tipus. Des del seu inici, la Sindicatura ha hagut d'intervenir amb una certa freqüència davant l'Administració municipal perquè ha trobat casos de nens desescolaritzats, de nens que han tingut obstacles per accedir a la primera educació, de nens que han patit discriminacions per raó de nacionalitat, de nens, en definitiva, que estan vivint al bell mig de Barcelona en la misèria més absoluta, i d'altres al llindar de la marginalitat i la delinqüència.

Per això és important recordar que la Convenció, en la nostra latitud i longitud, significa que els poders públics i la societat sencera s'han de moure en un moviment continu entorn del col·lectiu infantil vigilant que s'apliquin tres principis indeclinables:

- En primer lloc, el principi de l'interès del menor com a consideració primordial de tota mesura que l'afecti, el convenciment que el seu interès ha de ser superior a qualsevol altra interès legítim que pugui concórrer, i que per a la determinació d'aquest interès tothom ha de tenir en compte els anhels i les opinions dels infants i els adolescents, i també llur individualitat dins el marc familiar i social.

- En segon lloc, el fet que la Convenció significa la garantia jurídica per a tots els afectats. La seguretat jurídica és un dels principals indicadors de democràcia, i la Convenció diu que, en qualsevol procediment endegat en relació amb la separació d'un menor dels seus pares, es donarà a totes les persones interessades l'oportunitat de participar en el procés i de fer constar les seves opinions.

- I, en tercer lloc, el fet que la convenció és un ampli dispositiu de promoció d'oportunitats, moltes d'elles de caire preventiu, entre les quals es troba el mandat de suport a la

família en favor dels infants. I si bé totes elles tenen receptivitat en la nova llei, també és cert que amb la llei no basta.

Van ser molts els aspectes analitzats en aquesta taula rodona: la vigència dels mandats de la Convenció, la capacitat d'obrar dels menors d'edat, la interrupció de l'embaràs de les adolescents, la prevenció del risc social, la nova definició legal del desemparament, la impugnació de les resolucions administratives en matèria de protecció de menors, el nou plantejament de l'acolliment preadoptiu, la interrelació del sistema de protecció de menors amb el nou Codi Civil de Catalunya, l'acolliment familiar, l'adopció, el paper dels serveis socials bàsics, etc.

Aquestes ponències van ser la base per a totes aquestes reflexions i encara ho poden ser per a moltes altres que cal anar fent per encertar en la futura regulació, avui a les mans del Parlament de Catalunya.

Pilar Malla i Escofet
Síndica de Greuges de Barcelona
Barcelona, juliol de 2009

La prevenció del risc i el treball social en l'avantprojecte de Llei dels drets i les oportunitats de la infància

Pilar Malla i Escofet

Síndica de Greuges de Barcelona

Com a defensora dels drets dels ciutadans i ciutadanes, considero que totes les persones són importants i, per això, les seves queixes són sempre motiu d'estudi. Hem rebut queixes de tota mena que, d'una manera més o menys significativa, afecten tot l'àmbit de la responsabilitat municipal.

Però no hi ha dubte que, quan les situacions que ens presenta la ciutadania es refereixen a drets fonamentals i estan en joc els drets de persones vulnerables, i entre aquestes els infants, la nostra tasca és més urgent, i més transcendent; llavors necessitem tenir respostes més ràpides, és a dir, tenim la necessitat de veure el problema resolt.

Avui ens trobem aquí, amb motiu del vintè aniversari de la Convenció Internacional dels drets dels infants, per tractar de l'avantprojecte de Llei dels drets i les oportunitats de la infància i l'adolescència, per tant, d'una Llei que fa referència a un dels col·lectius de persones que més ens han de preocupar.

Celebrem en primer lloc que molts països, amb creences i cultures diferents, hagin assumit que l'interès envers els infants és una

qüestió prioritària, que en qualsevol decisió que prenguin els poders públics l'interès envers els infants ha de tenir una consideració primordial.

Hem de celebrar també el text de la nova llei, perquè la llei és necessària per garantir drets, però és també necessària la voluntat política de fer efectiu el contingut de la llei. I aquesta voluntat política, en el cas que ens ocupa, comprèn diverses administracions. Les competències són compartides i cal vetllar perquè el desplegament legislatiu de la llei concreti les responsabilitats de cada Administració i que els respectius pressupostos ho tinguin en compte.

Jo em referiré a un aspecte de la llei, el que tracta de la prevenció i del treball social.

El treball social preventiu

Ja en l'exposició de motius i en el primer paràgraf, que fa referència a l'article 17 del nou Estatut d'autonomia de Catalunya, la llei dels drets i les oportunitats de la infància i l'adolescència parla del dret de totes les persones menors a rebre l'atenció integral necessària per al desenvolupament de llur personalitat i llur benestar en el context familiar i social. I el pròleg de l'avantprojecte sotmès a informació pública diu textualment: "No es tracta només de reproduir el vell tòpic de 'val més curar-se en salut'. Es tracta d'assumir que tenim una responsabilitat social vers el conjunt de la nostra població infantil i adolescent, si realment aspirem a una societat millor. I això no es limita només a actuar 'quan les coses van malament' o 'quan comencen a anar malament', sinó per "aconseguir que vagin millor". Prevenir és veure venir, per tant, calen actuacions preventives que donin oportunitats als nostres infants i adolescents, *fins ara no pensades*. Les

actuacions socials preventives constitueixen nous reptes per a les polítiques socials i per als programes d'intervenció social en l'àmbit de la infància i l'adolescència, ja que comporten actuar sobre probabilitats, no sobre fets inqüestionables i unívocs. És per això que cal facilitar instruments, fins i tot legislatius, per tal de disminuir les probabilitats genèriques d'esdeveniments que incideixin negativament en la població infantil o adolescent, i a fi de potenciar actuacions que garanteixin un augment del benestar de tota la població.”

No em sembla que el concepte de prevenció es tracti d'una cosa tan nova, com diu el pròleg de la llei. Fa trenta anys que vàrem plantejar els Principis inspiradors d'una llei catalana de Serveis socials, o sigui més dels vint anys de la Convenció Internacional dels drets dels Infants, i llavors ja parlàvem de prevenció en el treball social, parlàvem de serveis socials de base i de serveis especialitzats i dèiem que els serveis de base tenien una funció assistencial educativa i preventiva i estaven ben definits els treballadors socials adequats per realitzar aquestes tasques.

És bastant incomprensible que en el camp social el treball social preventiu no hagi tingut més importància.

Fa poc, el 15 de juny, vam presentar el resultat d'una recerca sobre els itineraris i els factors d'exclusió. Ja sabíem, o intuïem, per experiència que actualment en el camp social apliquem més actuacions pal·liatives que preventives, i l'estudi ens mostra que les situacions de pobresa o marginació i el maltractament dels infants es reproduïen i que hi ha uns indicadors clars d'aquesta reproducció.

¿Què hauria passat en medicina si les malalties hereditàries no haguessin estat objecte d'estudi? ¿I si la medicina preventiva no existís? ¿I si no es fessin campanyes de vacunació contra la grip o

controls periòdics per prevenir el càncer? En medicina hem investigat, es reuneixen els investigadors, avancem molt, però en el camp social sembla que sempre comencem de nou.

No obstant això, m'alegro que actualment els poders públics reconeguin la importància de la prevenció, i que en tornem a parlar, encara que penso que cal demanar més concreció. És a dir, la llei obliga, però ¿a qui obliga?

Repassem l'article 74, que parla de prevenció. Diu textualment en el punt 1: "Les administracions públiques han de desenvolupar les actuacions necessàries per prevenir els infants i adolescents d'aquelles situacions que són perjudicials per al seu desenvolupament integral o per al seu benestar i, en especial de: maltractaments, d'inducció a activitats sexuals il·legals, de tasques perilloses per a la salut, de negligència en l'atenció física, sanitària o educativa, del consum de drogues, de condicions de treball perilloses."

Sembla un mandat molt concret però li manca concretar qui és el responsable de dur a terme aquesta dimensió preventiva, ¿són els serveis socials de base o els equips especialitzats? Cal concretar-ho perquè una tasca encarregada a un conjunt d'administracions pot quedar sense l'aplicació deguda, perquè pot passar que ningú no se'n senti plenament responsable. És el gran problema de les competències compartides.

No obstant això, crec que la responsabilitat de la prevenció és dels serveis socials de base, serveis municipals que han de recuperar la seva funció preventiva, educativa i d'assistència als infants i adolescents.

Propostes sobre la prevenció

He esmentat l'estudi "Itineraris i factors d'exclusió" que hem impulsat des de la Sindicatura de Greuges, elaborat pel doctor Sebastià Sarasa i pel professor Albert Sales de la Universitat Pompeu Fabra. Les conclusions finals reflecteixen que un gran problema és la reproducció de la marginació. Existeixen, i estan identificats, els canals de transmissió de l'exclusió social i en una societat avançada és important que tots col·laborem a trencar el cercle de l'exclusió.

Algunes de les constatacions i propostes de l'estudi són interessants per marcar la direcció que s'ha de seguir, especialment en tot allò que afecta infants i adolescents, àmbit en què encara té més sentit qualsevol acció preventiva.

L'estudi demostra que un factor preventiu molt important és l'escolarització abans dels 6 anys d'edat. Escolaritzar els infants abans dels 6 anys d'edat podria evitar el fracàs escolar. A més, l'efecte de la preescolarització en el desenvolupament educatiu de les persones es fa notar també a llarg termini. Per exemple, el fet d'haver estat preescolaritzat té un efecte directe en la facilitat d'aconseguir ocupacions estables. És evident que aquesta preescolarització ha de complir amb uns bons estàndards de qualitat.

Caldria també que l'oferta educativa fos plenament universal i estendre l'oferta de centres educatius de qualitat per als infants menors de 3 anys, de manera que es garanteixi que puguin accedir-hi les famílies amb menys recursos. A Catalunya l'escolarització de 3 a 6 anys és ja quasi universal, però de 0 a 3 anys està esbiaixada a favor de les famílies amb més renda disponible, cosa que deixa els infants amb un major risc de fracàs escolar amb una cobertura insuficient.

L'estudi també mostra que un obstacle en el progrés educatiu dels menors és el cost que representa per a les famílies l'educació dels fills, cost que desincentiva la continuïtat dels estudis un cop finalitzat el període d'escolarització obligatòria. Caldrà, doncs, sostenir un sistema de beques prou generoses que ajudin eficaçment les famílies a realitzar la inversió educativa necessària.

Tot i que no era l'objecte principal de l'estudi, també s'hi constata que rebre un suport especialitzat pot tenir efectes positius per reduir el risc d'exclusió social. Enllaçant-ho amb la importància de la formació, la desafecció cap a l'escola de molts menors d'edat molt sovint té l'origen en les circumstàncies personals i de les seves famílies. Això justifica una major implicació dels serveis socials i sanitaris en el benestar de la infància i la joventut i una major coordinació amb els centres educatius. Per exemple, les dades mostren que quan el menor té relacions conflictives amb els mestres, augmenta el risc de tenir problemes de dependència greu de les drogues, de cometre en el futur delictes menors i de patir episodis depressius en l'edat adulta. Un risc semblant apareix quan les relacions han estat conflictives amb els pares. És clara la necessitat d'una major presència del treball social i comunitari coordinat amb les escoles i els instituts.

En definitiva, el que s'apunta és un model de prevenció que sigui capaç de detectar a temps els senyals inequívocs que prediuen un fracàs escolar cert i problemes conductuals futurs, i capaç també de fer una intervenció eficaç que eviti l'exclusió futura de l'individu. La manca d'implicació dels menors en els objectius i les normes de les escoles és segurament detectada amb molta antelació pels docents, però cal una comunicació eficaç d'aquests amb els serveis socials, i una major sensibilitat i recursos dels departaments de salut i de serveis socials envers aquest problema.

Tot això passa per les polítiques socials preventives, cosa que principalment vol dir donar prioritat pressupostària als serveis socials de base, els equips especialitzats (EAIA), l'educació reglada i no reglada i la coordinació entre els serveis sanitaris, educatius i serveis socials, així com reforçar-los.

No es tracta d'inventar ara un sistema nou, una fórmula nova d'intervenció que es digui prevenció. La llei hauria d'ajudar a potenciar el treball social en coordinació amb la tasca educativa que sempre s'ha intentat fer i que sempre ha estat relegada per altres prioritats. La nova llei hauria d'obligar les administracions a valorar el que es fa bé, a impulsar el que cal fer de nou, partint del que ja hi ha. En el camp social no tot estar per fer, però sí que cal assumir-ho com un dret subjectiu i com a responsabilitat pública.

I aquest és el tema de reflexió: ¿Com es pot fer perquè el sistema català de serveis socials determini clarament les competències dels diferents nivells de l'Administració? ¿Què cal fer perquè destini els diners suficients per fer-ho?, és a dir, perquè s'assumeixi que aquesta és una responsabilitat prioritària.

Penso que cal creure en els ciutadans i ciutadanes de les nostres ciutats i pobles, que cal tenir la capacitat d'explicar a on es destinen els diners, i que cal insistir que aquesta és una prioritat perquè tots hi guanyarem, perquè podem determinar un futur millor per als infants.

La convenció internacional dels drets de la infància, i les garanties jurídiques dels menors en risc

Sílvia Giménez-Salinas Colomer

Degana de l'Il·lustre Col·legi d'Advocats de Barcelona

Em plau donar-vos la benvinguda en aquesta Corporació com a Degana de l'Il·lustre Col·legi d'Advocats de Barcelona.

I vull agrair-vos l'interès mostrat envers la celebració d'aquesta Taula Rodona d'Infància que inaugurem, ja que som conscients de l'esforç que segurament esteu fent (tots els presents –ponents i assistents–) per assistir-hi.

Aquest fet, sens dubte, denota la vostra vocació, una vocació que ja sigui des de la vessant jurídica –si sou advocats– o des d'altres àmbits des dels quals pugueu assistir-hi –treballadors socials, educadors socials, estudiants...– que us ha portat a desenvolupar la vostra professió en un terreny tan delicat com és la intervenció amb infants.

I us encoratjo –a tots vosaltres que heu decidit ésser presents en aquesta jornada de treball– a aprofitar el que els ponents convidats us transmetran i a participar en el debat posterior, que sens dubte serà allò que enriquirà la tarda.

Efectivament l'atenció a la nostra infància és un dels pilars que ha de fonamentar la nostra societat, i en aquest sentit podríem citar una clarificadora sentència de Pitàgoras (filòsof grec 580-500 a.C.)

“Educad a los niños y no será necesario castigar a los hombres”

Efectivament, hem de concebre la infància com el futur, d'ella dependrà el futur de la Humanitat, els infants són un valor en si mateixos, i hem de vetllar pel seu benestar i la seva formació.

I és en aquest sentit que, tant l'ICAB com la Sindicatura de Greuges de Barcelona, en el marc de col·laboració encetat ara fa un any, hem convingut que el fet de poder oferir-vos aquesta trobada de reflexió era imprescindible bàsicament per dos motius:

- 1) La celebració, aquest 2009, del 20è aniversari de la Convenció Internacional dels Drets de la Infància.
- 2) La recent presentació del Projecte de Llei dels drets i oportunitats de la infància, en el marc català.

Aprofitant aquests dos fets ens varem proposar reflexionar respecte del dret de participació dels infants i adolescents a la societat, així com del respecte de la protecció que a Catalunya fem d'aquests:

-Tant pel que fa a la seva participació al si de la societat (en la doble vessant de drets i obligacions ciutadanes).

- Com en relació a la seva protecció, en tant que individus que requereixen una atenció especial (atès que són persones per formar... i la influència que els elements socioambientals poden exercir sobre ells incidirà en el desenvolupament de la seva personalitat. En aquest sentit els poders públics han de vetllar per ells).

Si amb la Declaració dels Drets de la Infància 1959, adoptada en el si de les Nacions Unides (ONU), es va establir un important precedent respecte d'això, la Convenció dels Drets dels Infants de 1989 va obrir el camí per a la consideració de la infància com –diguem una comunitat– de vital importància per a la societat globalment concebuda.

Efectivament al mateix preàmbul de la Convenció de 1989 literalment s'estableix:

*“(...) el niño debe estar plenamente **preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado** en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de **paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad** (...)”* (Convenció Drets del Nen –ONU 1989. Preàmbul)

Si, efectivament, els infants d'avui són el futur de demà, cal procurar per a ells una atenció especialment acurada, atès que en funció dels valors en què siguin educats es formaran els adults que governaran el destí de la Humanitat. És, per aquest motiu, de vital importància –tal com estableix el preàmbul de la Convenció dels Drets dels Infants de 1989– protegir els nostres infants, i educar-los en un esperit de pau, dignitat, tolerància, llibertat, igualtat i solidaritat.

O el que és el mateix: en un esperit de justícia i llibertat –o llibertat i justícia– (atès que no és possible concebre l'una sense l'altra), i és d'aquests dos valors supremes d'on deriven tota la resta (pau, dignitat, tolerància, igualtat, solidaritat...).

I per encetar aquesta necessària tasca forjadora, cal establir com a prioritat la integració de la infància en la ciutadania activa; reflexionem respecte del dret de participació dels nostres infants i joves, de la seva consideració com a subjectes de dret –amb drets, però també amb deures igualment necessaris.

És des d'aquesta percepció des d'on procurarem una educació i protecció completa per a la infància.

Resulta imprescindible, per tant, incloure els infants en l'engranatge de la participació social, atès que és des d'aquesta vinculació a la ciutadania que els homes ens formem –recordem que l'home és un ésser social per naturalesa– (Rousseau).

I aquesta participació suposa prèviament una revisió del marc jurídic propi.

Quan parlem d'infància en situació de risc, o bé d'infància necessitada de mesures de protecció –sense endinsar-nos a l'àmbit de la justícia juvenil, que seria un altre debat llarg i complex–, parlem de menors –tinguin l'edat que tinguin.

A l'àmbit de la infància hem de separar definitivament la sensibilitat cap als menors i aplicar la realitat:

Que són subjectes de dret i no pas objectes de protecció.

I entenguin el sentit de les meves paraules:

El món de la infància en risc és veritablement un marc difícil d'avaluar, i on resulta complicat mantenir la imparcialitat per part dels diferents professionals que intervenen en el procés, no involucrar-s'hi de forma personal resulta dificultós, atès que ens trobem davant de nens que d'alguna manera són població vulnerable i mancada de mecanismes de defensa plena...

Si analitzem d'on venim, quina és la nostra tradició jurídica en la matèria comprovarem sobtats que no fa tants anys s'aplicaven:

- Llargs internaments
- Mesures sense limitació temporal
- Etc.

Òbviament podrem afirmar que hem evolucionat, i a títol d'exemple fer referència a la responsabilitat penal dels adolescents respecte de les seves conductes.

Existeix una resposta per part dels poders públics, de l'Estat, que es troba reglada fonamentant-se sobre uns principis de garanties constitucionals, i en especial d'ençà l'any 2001 –amb l'aprovació de la Llei de responsabilitat penal del menor, LO 5/2001.

Tot i això, val a dir que dins l'àmbit de la protecció dels menors (la vessant civil de la matèria), no han estat establerts, de forma clara i rotunda, uns procediments jurídics amb garanties en relació a la intervenció protectora.

Per exemple, la normativa contínuament fa referència a conceptes jurídics indeterminats:

Què és el risc?

Què és el desemparament?

Es tracta de conceptes en què cap perfectament la interpretació subjectiva...

Quins comportaments provoca el risc?

Quins índexs de control del maltractament infantil es troben homologats?

Cóm es protocol·litza un maltractament, un abús, etc.

Si ens adrecem a la pràctica diària dels poders públics trobarem la crua realitat:

La decisió sobre l'existència o no de risc, d'abús... situacions en definitiva de desprotecció i maltractament de menors, es deixa en mans de professionals d'àmbit social (psicòlegs, educadors i treballadors socials...) però no jurídic.

El dret no forma part del procediment d'intervenció administratiu, no és fins a la fase judicial quan el dret valora si el contingut del concepte risc en aquell cas concret és totalment subjectiu o si té un fonament basat en apreciacions i proves objectives.

I no es tracta aquesta d'una qüestió baladina..., ans al contrari, pensem que el subjecte afectat és un infant. Un infant que finalment es converteix en adult veient com va passant el temps (mesos, anys) allunyat de la seva família biològica per una decisió administrativa basada en valoracions subjectives, i davant la qual els seus progenitors només poden impugnar-la per via judicial, si bé aquesta actuació no suspèn l'efectivitat de les mesures acordades...

I qui és l'afectat? Efectivament l'infant. Aquell infant l'interès superior del qual hem de protegir.

I realment l'estem protegint mitjançant un procediment administratiu en què la intervenció del dret i de les garanties jurídiques d'un procediment judicial "ab initio" no es donen?

Avui, després de més de 30 anys de Constitució no podem concebre que un adult sigui detingut i posat a disposició judicial sense l'assistència lletrada.

Però en canvi respecte dels infants i adolescents encara no hem estat capaços de resoldre el tema..., per no entrar a debatre l'assumpte relatiu als menors estrangers els quals es criminalitza directament.

En el marc jurídic català hem assistit recentment a una fita iniciada l'any 2006 amb la publicació del document de Bases pel Departament de Benestar de la Generalitat i que ha cristal·litzat en el Projecte de Llei dels drets i les oportunitats de la infància i de l'adolescència.

- L'atribució a la Generalitat de competència exclusiva en matèria de protecció de menors i promoció de famílies i de la infància, atorgada per l'article 166.3 del nou estatut d'Autonomia de Catalunya va permetre, el 2006, iniciar els treballs de redacció del present projecte.
- La dispersió normativa existent fins al moment respecte de les actuacions envers la infància i l'adolescència del nostre país ha provocat, en nombroses ocasions, una situació d'incertesa i d'inseguretat jurídica que resultava necessari pal·liar.
- Exemple d'aquesta dispersió normativa resulta la coexistència en el nostre Ordenament Jurídic de lleis com:

La Llei 11/1985, de protecció de menors

- Va ésser la primera norma aprovada en el marc d'una comunitat autònoma que pretenia regular aquest àmbit.
- Es tractava d'una norma moderna i ajustada als principis constitucionals.
- I protegia situacions de desempara i risc social dels menors.
- Comprenia els 3 àmbits d'actuació en què tradicionalment s'ha estructurat la dita protecció:
 - Prevenció delinqüència
 - Tractament delinqüència
 - Tutela menors

La Llei 37/1991, de mesures de protecció dels menors desemparats i de l'adopció, reformada per la Llei 8/1995, de 27 de juliol, i el Codi de Família

- Aquesta Llei va sorgir fruit de la confusió que provocava a la pràctica la integració en una mateixa norma (la

Llei 11/1985) de problemàtiques tan diverses com

- infància en situació de desemparament
- infància en situació de no desemparament
- Pretenia fixar un sistema general català d'assistència de la infància i l'adolescència, i de protecció de llurs drets.

Finalment hem d'esmentar la Llei 27/2001, de 31 de desembre, de Justícia Juvenil.

Igualment, com a normes que també integren tota la legislació catalana sobre menors, cal esmentar:

- **La Llei 39/1991, de 30 de desembre, sobre la tutela i les institucions tutelars.**
 - Reguladora de les funcions de l'Administració en execució de les mesures adoptades per l'Autoritat Judicial en l'àmbit jurisdiccional de menors infractors.
- **La Llei 9/1998, de 15 de juliol, del Codi de Família,** que incorporava el règim jurídic civil de protecció de menors desemparats, atorgant-los un tracte legislatiu del mateix nivell que els règims tutelars ordinaris de protecció de menors.
 - Esmentar en aquest sentit que els treballs de preparació del Llibre 2n del Codi Civil Català proposen incorporar una regulació més completa dels aspectes civils de protecció de menors desemparats.
 - Regulació que vindrà a completar aquesta norma des de la vessant de la intervenció protectora de l'Administració.

Però no hem de revisar ara la normativa aplicable en matèria de protecció de la infància, si bé convé destacar que quan a Espanya es va decidir revisar i modificar la legislació sobre la matèria es va optar per un sistema mixt:

A. Un procediment administratiu de protecció que atorgava a l'Administració una major celeritat a la seva actuació i, per tant, en aquest sentit un procediment positiu.

Aquest procediment el trobem reglat a les pròpies lleis d'infància que no poden contradir la norma general de les administracions públiques (la Llei 30/1992, de procediment administratiu).

B. Una revisió judicial de les mesures administratives. Procediment d'oposició a les resolucions de família previst a la LEC, art. 779 i següents, amb totes les seves formalitats i garanties d'un procediment judicial verbal.

Tots tenim clar llavors que a la fase administrativa, les regles del joc serien les normes del procediment administratiu general (Llei 30/92), obligatori per a qualsevol Administració pública: Normes clares, transparents, que parlen "d'interessat", d'expedient, de la informació de drets i deures del ciutadà.

Però no és així atès que es barreja un concepte de caire supranacional, com és la Convenció de Drets del Nen, com a principi rector de qualsevol intervenció.

Es tracta d'un concepte jurídic indeterminat, que la jurisprudència insisteix a manifestar que cal examinar de forma casuística (cas per cas), atès que és aquesta l'única forma de dotar-lo de contingut.

Mai pot ésser al·legat per tal de justificar limitacions de drets. Escoltar el menor, els seus pares, informar clarament i concisament a la família sobre l'expedient, el procediment, sobre cadascun dels tràmits i intervencions de l'Administració. Lamentablement no es fa de la forma més adient.

Actualment els advocats encara no sabem quines normes del procediment comú són aplicades al procediment administratiu de protecció atès que les diferents lleis autonòmiques estableixen característiques diferents quant a terminis, formes d'intervenció, compareixences i garanties procedimentals...

El Projecte de Llei d'infància català no ens parla de la primera intervenció o compareixença, tampoc de com i quan s'aixequen les actes de les sessions i sobre si l'interessat té dret a obtenir una còpia d'aquesta, així com tampoc s'informa del dret del ciutadà de fer constar a l'acta les seves manifestacions...

Tots aquests simples exemples són garanties que dins l'àmbit judicial es troben reglades.

Però en l'àmbit administratiu trobem que la família biològica mai té en el seu poder, en el moment de la notificació de la resolució, cap document que acrediti "l'iter" del procediment, només tenen la resolució final adoptada per l'Administració.

I respecte de la família acollidora val a dir que tampoc resulta preceptiu que comparegui davant una oposició a la mesura, quan el cert és que resulta fonamental per al jutge conèixer si aquesta família d'acollida és l'adient per a l'estabilitat del menor i si realment la família d'acollida podrà defensar-se de forma independent de l'ens públic.

En definitiva, l'àmbit de la protecció de menors és un àmbit en què el Dret resta situat en un segon terme creient erròniament l'Administració que nosaltres –com a advocats– no fem cap altra cosa que "perjudicar" els interessos dels menors en defensar els pares.

Lamentablement quan l'Administració adopta una decisió respecte d'un menor, sosté fins al final la idoneïtat de la resolució,

motiu pel qual podem afirmar que se situa en termes de parcialitat (en cap cas parlo d'adopció de decisions arbitràries).

Per tant, potser ha arribat el moment en què cal que tots fem una reflexió profunda –aprofitant el moment legislatiu en què ens trobem– i examinem sincerament si d'ençà la Convenció Internacional de 1989 hem avançat o potser estem desfent el camí iniciat.

EL NOU SISTEMA DE PROTECCIÓ DE MENORS EN RISC DAVANT EL 20è ANIVERSARI DE LA CONVENCIÓ INTERNACIONAL DELS DRETS DE LA INFÀNCIA

Marino-Enrique Villa i Rubio

Doctor en Dret, Adjunt a la Síndica de Greuges de Barcelona

Sumari

I. Vigència i importància de la Convenció internacional dels drets de l'infant. 1) El principi favor minoris. 2) La Convenció com a garantia jurídica. 3) La Convenció com a dispositiu de promoció d'oportunitats. **II. Trets més significatius de la reforma legislativa sobre drets i oportunitats de la infància proposada pel govern.** 1) L'assignació competencial de la prevenció del risc i la intervenció consegüent. 2) La diferenciació entre situacions de risc i de desemparament. 3) Modificacions en les mesures d'acolliment. 4) El sistema de revisió judicial. **III. Altres problemes i disfuncions subsistents i mereixedors de solucions legislatives per A l'assoliment dels drets i oportunitats de la infància.** 1) L'interès del menor hauria de ser present a totes les lleis que els afecten. 2) El dret de participació dels menors. 3) La coordinació interadministrativa. 4) L'adopció simple o l'acolliment amb vincle d'afillament. 5) Els drets específics dels menors atesos en serveis especialitzats d'infància. 6) El procediment administratiu de protecció de menors. 7) Cal continuar pensant.

I. Vigència i importància de la Convenció internacional dels drets de l'infant

Invocar la Convenció ara i aquí, només perquè ha complert 20 anys? Aquí, que no hi ha nens soldats, ni menors empresonats, ni treball infantil esclavitzant, ni malnutrició en general...? Potser, ara i aquí, no tenim aquestes nafres, però no podem afirmar que els objectius de la Convenció estan assolits i que tots els infants tenen totes les garanties de vida digna, i d'oportunitats de futur per contribuir al desenvolupament humà de la seva societat futura; ans al contrari, és necessari abans que res prendre consciència, reconèixer i assumir que entre nosaltres hi ha nens que pateixen, i que no tenen oportunitats de créixer amb dignitat i de gaudir plenament de la vida en societat, i que també n'hi ha que estan abocats a la marginalitat.

Diu l'exposició de motius de la Convenció: "Reconociendo que en todos los países del mundo hay niños que viven en condiciones excepcionalmente difíciles y que esos niños necesitan especial consideración." A Catalunya basta veure les estadístiques oficials que ens diuen que uns set mil nens estan en desemparament, i molts altres en risc social, i també bastaria considerar que quan deixen de ser menors d'edat i surten de la tutela de la Generalitat no obtenen el mateix grau d'oportunitats que la resta d'infants de Catalunya que viuen en família normalitzada. La Sindicatura de Greuges de Barcelona amb certa freqüència ha hagut d'intervenir davant l'Administració municipal en aquests anys perquè no se solucionaven els problemes de nens desescolaritzats, de nens que han tingut obstacles per accedir a la primera educació, de nens que romanen en situació administrativa irregular, d'altres en el llindar de la marginalitat, o de nens immersos en la delinqüència.

El gran què de la Convenció dels Drets de l'Infant és haver-se convertit en una veritable Constitució de la infància a nivell interna-

cional, i per tant ha de ser ensenyada, coneguda i assumida per tothom com a conjunt de valors preferents de la Humanitat. En la nostra latitud, i longitud i altura sobre l'horitzó la Convenció és una norma jurídica assumida per l'Estat de dret que comporta especialment:

- En primer lloc, la consagració del principi de l'interès del menor.
- En segon lloc la Convenció significa la garantia jurídica per als drets del menor i per a totes les persones interessades en el seu benestar.
- En tercer lloc, la Convenció és un ampli dispositiu de promoció d'oportunitats per a la qualitat de vida de tots els menors d'edat.

1. El principi favor minoris

El principi de l'interès del menor s'ha invocat exhaustivament des de totes les instàncies públiques i privades, i s'ha repetit fins i tot demagògicament; però no s'ha concretat prou el seu significat i abast en el dret positiu ni en la jurisprudència, i per tant continua essent un concepte jurídic ple de possibilitats però massa indeterminat; i en conseqüència és poc eficaç malgrat el seu potencial imperatiu. El que sí que és clar és l'abast moral d'aquest principi, i en aquesta dimensió es pot afirmar sense hipèrbole que la seva assumpció a la quasi totalitat de països del món, tot i els incompliments, té una rellevància comparable en el segle xx a l'alliberament de la dona o la lluita pels drets laborals i socials dels treballadors.

La formulació d'aquest principi que fa la Convenció al seu art. 3.1 és: "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una

consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. Cal reconèixer que d’entrada sona bé i que sembla clar aquest mandat, però a poc que gratem en la seva redacció el veiem feble jurídicament i mereixedor de millor concreció per part dels òrgans legislatius nacionals als quals es dirigeix. Feble perquè no hi ha elements de referència directa per identificar quin és l’interès del menor, i perquè el principi no és absolut sinó ponderable (una consideració primordial no exclou d’altres consideracions que puguin concórrer i es puguin oposar a aquell interès). Fins i tot veiem indeterminació inclús gramatical, perquè “interès superior” és una frase que sembla establir categories entre els diferents interessos personals que un menor pugui tenir, i no una confrontació d’aquests interessos amb els que li són aliens: el menor té diferents interessos, en sigui o no conscient, i aquell que sigui més important ha d’inspirar la decisió: per exemple anar a escola, guarir una malaltia o assistir a una cerimònia religiosa. Però d’entrada l’enunciat legal no sembla anar dirigit a imposar la prioritització per exemple de la construcció d’un equipament educatiu de menors per sobre d’un equipament públic lúdic general.

Amb la Llei catalana 8/1995, que va recepcionar el principi, es va fer un gran pas teòric però inadvertit: es va passar de parlar de l’interès del menor a prendre decisions que afecten el seu estatus personal, a parlar a més d’actuacions públiques en general, tot i que a nivell de “principi inspirador”. No obstant això, ens va aportar un prisma interpretatiu dient: “Per a la determinació d’aquest interès hom ha de tenir en compte, en particular, els anhelos i les opinions dels infants i els adolescents, i també llur individualitat dins el marc familiar i social”. És a dir, la formulació de la Llei 8/1995 ajuda a identificar quin pugui ser l’interès de l’infant, però no ajuda a imposar-lo en cas de conflicte amb altres interessos que entrin en concurrència. En tot cas, en l’ordre del dret civil la modificació del Codi Civil en matèria d’adopció operada per la Llei 21/1987 ja situava l’interès del menor com a prevalent.

Afortunadament el principi va guanyar més transcendència jurídica general amb la Llei orgànica 1/1996, amb la qual el legislador estatal va establir categòricament que “En la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir...” Aquí doncs es legisla sobre la concurrència d'interessos clarament, i s'afirma que el del menor serà prioritari. Però també és ben cert que el que diu és “en l'aplicació de la present llei” i no en tot cas. Per tant la transcendència jurídica es limita a les matèries que regula la pròpia Llei 1/1996; i aquesta Llei del que tracta és de l'exercici dels drets fonamentals per als infants i de les garanties en la intervenció de les administracions, que, si bé afecta moltes esferes de la vida de l'infant, no és ni universal ni erga omnes, i, a més, aquest article 2 té rang de llei ordinària i no orgànica, i és supletòria de la civil que competeix a la Generalitat.

Tot i això amb aquesta norma estatal està prou clara la voluntat del legislador que en el dictat i en l'aplicació de les normes administratives i civils, el que ha de primar és l'interès del menor per sobre d'altres interessos concurrents. Per tant és desitjable traslladar a la legislació administrativa i civil catalana la concreció del principi de prevalència, que no és prou clar a la legislació, com també la relació d'interessos concernits als quals s'ha d'aplicar la preferència planificant, programant, gestionant, inspeccionant i sancionant. Per exemple: en el planejament urbanístic hauria de primar l'assignació d'espais ad hoc per a escoles i activitats educatives o de salut dels adolescents per sobre els interessos econòmics ni que siguin d'utilitat general, o en matèria d'habitatge haurien de tenir una especial prelació en l'assignació de vivendes de protecció oficial les famílies amb infants a càrrec.

L'article 40 del nou Estatut d'autonomia de Catalunya recull entre els seus principis rectors que els poders públics han de garantir la protecció dels infants, especialment contra tota forma d'explota-

ció, d'abandonament, de maltractament o crueltat i de la pobresa i els seus efectes. En totes les actuacions portades a terme pels poders públics o per institucions privades l'interès superior de l'infant ha d'ésser prioritari. Sembla clar que davant la recurrent inconcreció haurem d'entendre que l'interès del menor és créixer sa en cos i ànima en un entorn de drets humans, i això també interessa a l'adult perquè a infants i adolescents més sans i humans correspondrà segons es vagin fent adults una societat més sana i humana.

Aquests principis rectors comporten que els poders públics de Catalunya han d'orientar les polítiques públiques segons ells, i han de promoure i adoptar les mesures necessàries per a garantir-ne l'eficàcia plena. Però sabem que els principis rectors només són invocables davant la jurisdicció d'acord amb el que determinen les lleis i les disposicions que els despleguen, i així ens trobem que resulta enunciat de nou amb rang de llei orgànica el principi de l'interès superior de l'infant, però només en relació amb la protecció contra les diferents formes de maltractament. Oportunitat perduda de generalitzar el principi que queda pendent del que disposin les lleis.

I què diuen les lleis postestatutàries? La llei 12/2006, de serveis socials, va ser una oportunitat perduda, la 18/2007, de l'habitatge tampoc no va aportar un reconeixement de transcendència jurídica per als drets dels infants, i la recent llei d'educació de Catalunya ha aprofitat mínimament l'ocasió per invertir els directors dels centres de la potestat de vetllar per l'interès superior de l'infant i de recordar als ajuntaments que els serveis socials i educatius s'han de coordinar amb el mateix objectiu, però no ha aprofitat a posar el dret de l'educació de la infància pel davant dels altres interessos en presència.

Pel que fa al dret civil de família, el projecte del llibre segon del Codi Civil de Catalunya en la redacció inicial proposada al Parla-

ment dedica un article (article 211-6) a l'interès superior del menor i estableix:

- “1. L'interès superior del menor és el principi inspirador de qualsevol decisió que l'afecti.
2. El menor d'edat, d'acord amb la seva edat i capacitat natural i en tot cas si ha complert dotze anys, té dret a ser informat i escoltat abans que es prengui una decisió que l'afecti directament en la seva esfera personal o patrimonial.
3. Per a qualsevol acte del representant legal que impliqui alguna prestació personal del menor, es requereix el seu consentiment si ha complert dotze anys o si, tenint-ne menys, té prou coneixement.”

Per tant està referint-se exclusivament a assumptes de guarda i capacitat, i continua sense donar pautes d'interpretació de quin i com és aquest superior interès.

I en el definitiu Projecte de Llei dels drets i oportunitats de la infància i l'adolescència entrat al Parlament es preveu (art. 5) una vegada més com a principi rector l'interès superior de l'infant: *“L'interès superior de la persona infant i adolescent (sic) ha d'ésser el principi inspirador i fonamentador de les actuacions públiques”*.

I amb tot això una vegada més ens quedem amb principis sense suficient transcendència jurídica i amb la fugida cap a les promeses de futur. Per tant fóra bo legislar ara en la triple dimensió de:

- a) concreció de quins són els interessos del menor i mitjans per aconseguir-los (creixença feliç en família, compensació de discapacitats i desavantatges socials, educació en valors i de qualitat, oportunitats de qualitat de vida, assolir la plenitud personal, habitatge, treball, seguretat social...).
- b) quina prelación han d'ocupar els interessos dels infants en els ordres civil i administratiu davant d'interessos particu-

lars de tercers i generals dels adults. Com també davant el conflicte de drets del mateix menor.¹

c) quina és la fórmula de garantia per fer-los valer en l'ordre administratiu i la vida pública en general.

En definitiva, el que fa falta és creure per part dels ciutadans, del governants i dels legisladors que el *favor minoris*, més que un principi moral, és un principi general del dret que ha de portar a assolir:

- Que tota actuació administrativa que afecti els infants ha de tenir en compte que els seus interessos són superiors i prioritaris sobre altres concurrents amb els quals entri en conflicte.
- Que s'ha de vetllar permanentment i preventivament per protegir l'infant dels maltractaments psíquics, físics i culturals, sense esperar que es produeixi el maltractament abans d'intervenir.
- Que tot infant infractor penal té dret a un tractament rehabilitador apropiat i eficaç per al foment del seu sentit de la dignitat i del respecte dels drets humans.

2. La Convenció com a garantia jurídica

En segon lloc la Convenció, en tant que norma jurídica, significa garantia jurídica. Garantia, a tots els concernits, tant menors com adults vinculats, precisament per l'interès dels mateixos menors, que els seus postulats s'han de complir.

La Convenció estableix drets dels menors, drets que hem de entendre com a obligacions dels adults i de l'Administració, i totes aques-

1. Cal recordar la categorització del drets fonamentals (dret a la vida front al dret a la pràctica religiosa vid. Sentència 154/2002, de 18 de juliol de 2002 del Tribunal Constitucional)

tes obligacions tothom les ha d'assumir com a imperatives i inexcusables. Això és l'essència de tota norma jurídica: l'exigibilitat, perquè allà on no hi ha un deure exigible no existeix un dret veritable sinó només un camí que es pot seguir o no.

La garantia de l'interès del menor ha de sorgir de la llei, i per això *legislar és necessari com diu la Convenció (art. 4) “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención...”*.

Especialment hem de posar l'atenció, perquè són font de conflicte permanent en el nostre sistema de protecció de menors, sobre les garanties del articles 7, 8 i 9 de la Convenció:

– *Artículo 7.1: El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.*

Hem vist problemes pràctics sobre la situació jurídica dels menors renunciats per la seva mare en el moment del part quan es produïa en règim d'anonimat o de secret; i encara no es garanteix el dret del nascut a conèixer la identitat paterna (quan això és possible) i poder exigir el compliment de les responsabilitats del progenitor quan procedeixi. Establir un procediment clar per garantir aquests drets i les responsabilitats parentals, investigant i preservant les dades simultàniament per protegir el dret a la salut, i prevenir infanticidis o morts per abandonament irresponsable és una necessitat de *lege ferenda*.

– *Artículo 8.1: Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.*

En aplicació d'aquesta norma, la llei nacional, a més de preservar les dades de la personalitat, ha de preservar les relacions familiars, i això a banda de situacions d'intervenció administrativa per desemparament en què també està obligat. Les relacions familiars són un bé de necessària protecció per a l'infant, i per tant els òrgans de mediació intrafamiliar amb aquest objectiu s'han de regular amb la màxima garantia d'eficàcia.

– Artículo 9: 1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial (...). 2. En cualquier procedimiento (...) se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.

En aquest article trobem: a) l'Estat ha de vetllar perquè ningú no aparti el fill de la mare o del pare si no és de conformitat amb la llei, i b) El òrgans de l'Estat, en cas de necessitat per causa de desemparament del menor, han de separar-lo dels progenitors, però a reserva de revisió judicial. És a dir, els òrgans administratius de protecció de menors han de tenir present i assumir com a normal que un tribunal sempre podrà comprovar causa i procediment, i que en aquest procediment tots els interessats han de tenir oportunitat de comparèixer.

Les garanties jurídiques obliguen doncs a disposar de lleis específiques que siguin prou concretes per poder ser invocades i aplicades amb eficàcia com a garantia de tots aquells drets, així com per impedir tota forma de discriminació, per afavorir que el nen exerceixi els seus drets, per reconèixer des del naixement la seva personalitat, per conèixer els pares i estar a la seva cura (i que els pares disposin dels mitjans suficients per poder i saber cuidar-lo), per preservar la identitat i les relacions familiars, perquè no sigui separat de seus pares sense causa i procediment legal, aplicables, i per garantir que els nens privats de seu medi familiar tinguin la protecció i l'assistència de l'Estat, també per dotar de plenes garanties el sistema de adopció.

Aquestes situacions de fallida dels drets constitueixen els episodis més greus i dramàtics de la vida de l'infant que tindrà repercussió en tota la seva vida adulta. I per tant mereixen la més acurada atenció de la legislació nacional.

3. La convenció com a dispositiu de promoció d'oportunitats

En tercer lloc, com hem dit, la Convenció és un ampli dispositiu de promoció d'oportunitats, moltes d'elles de caire preventiu. És de notar que, ara i aquí, a Espanya i a Catalunya en particular, la Declaració del Drets de l'Infant de 1959 i la Convenció de 1989 signifiquen que la història de la infància ha passat dins l'últim quart de segle de ser la lluita contra el maltractament a ser la lluita per la construcció del futur dels infants, i amb això la construcció d'una altra societat més justa i humana.

Per això la primera cosa bona que podem trobar en el Projecte de la nova llei d'infància, del qual després farem consideració, és el seu nom, el dir-se dels “drets i oportunitats”. Ens hem de congratular que el legislador assumeixi de nou el repte de la plena aplicació de la Convenció, i aquesta vegada amb l'òptica de la lluita pel dret dels infants de tenir oportunitats reals, tot i que puguem dubtar de l'eficàcia d'algunes de les previsions normatives.

La Convenció demana l'aplicació igualitària de la llei i també que s'apliquin mesures de protecció contra qualsevol discriminació. Pel que fa a la promoció d'oportunitats, promou que el nen exerceixi per ell mateix els seus drets i que pugui assolir les cotes més altes de llibertat. Pretén garantir el desenvolupament, afavorint les relacions familiars, facilitar que pugui expressar opinió i tenir-la en compte. Promou la llibertat d'expressió i la llibertat d'informacions i idees, i facilita la llibertat d'associació i reunió. Valora l'accés als

mitjans de comunicació i demana atenció a les necessitats lingüístiques del nen. Potencia la corresponsabilitat del pare i de la mare. Promou l'assistència als pares perquè puguin accomplir llurs funcions, i promou la dotació de guarderies. I per a tot això demana (art. 19) d'adoptar mesures legislatives; en especial demana consideració cap al nen mentalment o físicament impedit i el malalt. Promou el tractament de les malalties i la rehabilitació de la salut, així com advoca per a l'abolició de pràctiques tradicionals perjudicials. La promoció del nivell de vida adequat per al desenvolupament de l'infant la considera responsabilitat dels pares, però també de l'Estat, que ha d'adoptar les mesures apropiades per a ajudar els pares i altres persones responsables de l'infant a donar efectivitat a aquest dret especialment pel que fa la nutrició, el vestuari i l'habitatge. Pel que fa al dret a l'educació, la Convenció demana dels estats: fer accessible a tots l'ensenyament superior sobre la base de la capacitat; fer que tots els nens disposin d'informació i orientació; fomentar l'assistència regular a les escoles i reduir la deserció escolar; eliminar la ignorància i l'analfabetisme; protecció contra les drogues, l'explotació i abusos sexuals, i la "trata". I dona pautes de tractament del nen privat de llibertat i del nen que ha infringit les lleis penals, i també per a la recuperació física i psicològica i la reintegració social de tot nen víctima.

La Convenció significa, en definitiva, assegurar aquests tres eixos d'actuació pública: la prevenció, la protecció i el desenvolupament personal per a tots els menors de 18 anys; significa creure que l'interès del nen s'ha de tenir ben present en tota decisió pública o privada, i creure que s'ha d'adoptar polítiques proactives; i significa especialment tenir ben present que cal esmerçar el màxim de recursos possibles per a l'efectivitat dels drets dels infants.

Per a l'efectivitat dels drets, diu l'article 4 que els estats que en són part han d'adoptar totes les mesures administratives, legislatives i d'altra mena per donar efectivitat als drets reconeguts.

II. Trets més significatius de la reforma legislativa sobre drets i oportunitats de la infància proposada pel govern

Hem destacat els tres aspectes de la Convenció dels Drets de la Infància que resulten més importants per al futur de la infància ara i aquí, i hem recordat que l'article 4 d'aquest conveni internacional diu que els estats han d'adoptar totes les mesures administratives, legislatives i d'altra mena per donar efectivitat als drets que reconeix.

L'any que som, any del 20è aniversari de la Convenció, el Parlament de Catalunya debatrà una iniciativa legislativa anomenada “dels drets i oportunitats de la infància i l'adolescència”. El Projecte de Llei del Departament d'Acció Social i Ciutadania de la Generalitat comporta sobretot una aposta per a la prevenció i la descentralització cap als serveis socials bàsics de l'Administració local de l'atenció social, cosa que implica prioritzar el treball social preventiu i educatiu. En la mateixa línia i com a conseqüència d'aquest plantejament procedeix a la reducció del camp de la tutela institucional suprimint-la en els casos en què és possible l'atenció en la pròpia família. Els altres aspectes transcendents del projecte són el nou tractament de l'acolliment, especialment el preadoptiu, i la regulació de l'atenció social als majors de 18 anys; de la resta del projecte no és d'esperar més avanços significatius ara per ara tal com està la redacció presentada pel Govern.

1. L'assignació competencial de la prevenció del risc i la intervenció consegüent

La Llei 37/1991, de mesures de protecció dels menors desemparats, no tracta de la prevenció del desemparament ni de les situacions

de risc; únicament regula la prevenció de les conductes antisocials del menor, és a dir, del menor com a agressor i no com a víctima, i això des de la modificació efectuada l'any 2002. No obstant això, la prevenció general i particular del maltractament està inclosa a la funció assignada genèricament al treball social i educatiu dels serveis socials bàsics des del 1985, sense que hagi estat mai prou assumida com una intervenció sistemàtica ni prioritària per l'Administració local titular d'aquests serveis.

Ara afortunadament trobem al Projecte de Llei un avanç significatiu: es defineix la prevenció general i s'assigna una certa responsabilitat pública², tot i que sense un reglament imperatiu i una concreció de responsabilitats es fa difícil confiar en la seva eficàcia.

En la mateixa línia es regula la prevenció de l'ablació o mutilació genital de les menors.

També aborda el Projecte la regulació de la prevenció del risc social dels infants, i ho fa de forma més concreta i amb més possibilitats d'eficàcia ja que les situacions de risc estan determinades al text,

2. Article 74. Prevenció general. 1. Les administracions públiques han de desenvolupar les actuacions necessàries per prevenir les persones infants i adolescents d'aquelles situacions que són perjudicials pel seu desenvolupament integral o pel seu benestar i, en especial, de:

- a) qualsevol forma de maltractament o càstig físic;
 - b) qualsevol forma de maltractament psicològic, tracte indigne o càstig denigrant;
 - c) la inducció o coacció a participar en qualsevol activitat sexual il·legal;
 - d) l'explotació en la prostitució o en altres pràctiques sexuals o la seva utilització en espectacles o en material pornogràfic;
 - e) la participació en qualsevol tasca que pugui ésser perillosa, perjudicar-ne la salut o entorpir-ne l'educació, la formació o el desenvolupament integral;
 - f) qualsevol forma de negligència en l'atenció física, sanitària o educativa;
 - g) la captació i integració en sectes destructives;
 - h) el consum de drogues.
 - i) Les condicions de treball perilloses i en especial aquelles recollides a la normativa específica de prevenció de riscos laborals i de protecció del treball de les persones infants i adolescents.
2. Les administracions públiques també han de prevenir que les persones infants i adolescents que pateixin o hagin patit qualsevol de les problemàtiques relacionades en el punt anterior es trobin en desavantatge social pel fet que les seves carències no hagin estat adequadament ateses i compensades.

s'assigna la responsabilitat a les administracions locals i s'estableix la via d'intervenció³; amb tot això regulat, la responsabilitat en aquests casos és exigible. No obstant això, partim d'una altra experiència negativa: l'obligació d'intervenció d'ofici i amb garantia de dret en cas de nens en risc des de l'Administració local avui ja està prevista en el reglament dels serveis socials de l'atenció primària (D 27/2003), però com que no s'assignen prou recursos tot i ser imperativa, continua sent inatisfactòria, per la qual cosa caldrà exigir en el futur reglaments precisos i pressupostos conseqüents.

2. La diferenciació entre situacions de risc i de desemparament

Hem dit en altres ocasions que seria un bon avenç de la llibertat ciutadana la reducció de la intervenció o ingerència coactiva de l'Administració en l'àmbit familiar, reducció condicionada a la substitució de la mesura tutelar d'atenció en la pròpia família per l'atenció social compensatòria des dels serveis socials d'atenció primària com es pretenia ja en aquell reglament.

Ara es recull el plantejament al Projecte de Llei que comentem. És molt transcendent la reducció del camp de la tutela institucional per desemparament que pretén aquest projecte: quan el menor pot continuar vivint a casa seva, tot i la situació de risc detectada, no se suspèn la potestat del pare i de la mare, sino que s'intentarà donar-li suport. La mesura protectora d'atenció en la pròpia família, malgrat que fins ara ha donat resultats positius, és

3. Article 78 Prevenció de la desprotecció

1. La prevenció de la desprotecció infantil té per objecte aquelles situacions en les quals concurren indicadors o factors de risc que fan palesa la probabilitat que la persona infant o l'adolescent que s'hi trobi en resulti en un futur desatès en les seves necessitats bàsiques.

2. La identificació d'indicadors o factors de risc en un entorn familiar concret ha de ser generadora de programes de suport familiar.

massa agressiva i convindria avançar en la garantia dels drets dels menors en risc per la via del treball social i educatiu consensual amb la família. Aquesta reducció de l'intervencionisme coactiu significa apostar per la recuperació precoç de la família amb el suport dels serveis socials. Evidentment caldrà dotar aquests serveis locals amb recursos adients, perquè si no es fa estariem declinant responsabilitats públiques en perjudici del dret subjectiu que té el menor i la seva família que se'ls ajudi a la superació del risc.

El Projecte nou de Llei considera (art. 103) desemparament la situació de fet en la qual manquen els elements bàsics per al desenvolupament integral de la personalitat de l'infant, sempre que per a la seva protecció efectiva calgui aplicar una mesura que impliqui la separació del seu nucli familiar. Per tant la funció de valoració i diagnòstic haurà de ser especialment curosa i fonamentada tant pels serveis socials bàsics com pels especialitzats. Sembla clar que els conflictes entre família i Administració es plantejaran en el futur en termes de si l'ajut social és suficient i eficient per impedir el desemparament del menor; i també està clar que el risc per als menors s'agreuja en cas d'omissió de la intervenció social deguda.

Un repte afegit del nou sistema proposat està en el fet que la coordinació i la cooperació interadministrativa seran ara més necessàries que mai perquè caldrà evitar els casos de conflicte negatiu de competència entre l'Administració local, que hauria d'atendre el cas si és qualificat com de risc, i l'òrgan autonòmic, que haurà d'assumir-ne la tutela si es qualifica com de desemparament⁴.

4. Un element molt important a aquest efecte és la Disposició final del projecte que modifica la Llei de prestacions socials de 2006 per tal de crear una prestació de dret subjectiu per atendre les despeses de manteniment del menor d'edat en situació de risc respecte al qual s'hagi formalitzat el corresponent compromís socioeducatiu amb els serveis socials bàsics, consolidant així l'actual ajut econòmic de la mesura d'atenció en la pròpia família.

3. Modificacions en les mesures d'acolliment

A banda de la supressió de l'atenció en la pròpia família com a mesura tutelar, les modificacions més significatives són:

a) Acolliment permanent. Entre les aparents novetats del projecte trobem l'anunciada creació de l'acolliment permanent “per a infants que no volen o no poden ser adoptats”. Però no és una novetat sinó més aviat una regulació més acurada del que avui dia ja es pot fer des de la Llei 8/1995, que va modificar la 37/1991 i va establir que la mesura d'acolliment familiar pot ser transitòria o definitiva. De fet en la pràctica ja es dicten mesures d'acolliment definitiu, i la problemàtica en aquests casos està en la supervisió periòdica de l'evolució del menor ja que molts passen molts anys en centres o inclús en acolliments familiars i en arribar la majoria d'edat perden aquests referents i passen a ser orfes socials adults.

b) L'acolliment familiar professional.⁵ És fórmula propera a la ja existent de llars funcionals en què una família es fa càrrec d'un grup de menors i rep la retribució d'acollidoria. Segons el Decret 284/1996 es defineixen com a acolliments simples d'infants i/o adolescents amb un màxim de 8 llevat que aquests siguin germans, amb l'objectiu de la seva guarda i educació. Per tant la regulació a rang reglamentari seria suficient per dur-la a terme, però és convenient, no obstant això, la llei per poder assentar amb seguretat jurídica el règim jurídic de la persona o família acollidora pel que fa a la vinculació amb l'entitat tutelar. Un avenç en aquesta línia la trobem ja en la legislació de serveis socials derivada de la Llei 12/2007: pel Decret 155/2008, que regula la Cartera

5. Article 129. 1. L'acolliment en unitat convivencial en acció educativa és aquell que s'exerceix per persona o persones prèviament seleccionades i qualificades per raó de la seva titulació, formació i experiència en l'àmbit de la infància i l'adolescència. 2. Aquesta mesura es pot acordar fonamentalment respecte persones infants o adolescents amb diversitats funcionals, grups de germans i altres en especial dificultat o necessitats educatives especials

de serveis, es creen com a prestació garantida els serveis d'unitat convivencial d'acció educativa, i es defineixen com a prestacions d'integració familiar especialitzada d'infants i adolescents que són portades a terme per persones, prèviament seleccionades i qualificades per raó de la titulació, formació i/o experiència.

c) Consideració especial mereix el canvi de regulació de l'acolliment preadoptiu. Mereix consideració especial, d'una banda perquè canvia la regulació de les circumstàncies que el permeten, i d'altra banda pel procediment innovador que es vol aplicar. D'entrada hem de ser conscients que la nova regulació deixa totalment en mans de l'informe tècnic la decisió,⁶ perquè no parteix de circumstàncies objectives establertes per llei com fins ara⁷ sinó de la interpretació tècnica de quin sigui l'interès del menor i del temps que vagi transcorrent mentrestant. És de preveure que això abocarà necessàriament en més litigiositat amb dictàmens contradictoris i més inseguretat jurídica. Però per altra banda és positiva la simplificació del procediment actual, que és poc eficient: calia una resolució administrativa en què es declarés la mesura de preadoptiu, que una vegada impugnada i apel·lada si és ratificada judicialment obre el pas a un nou procediment judicial per a la constitució d'a-

6. Projecte Art. 145.1. ... a) Si no és possible la reintegració de la persona infant o adolescent en la seva família d'origen i es considera que el més favorable al seu interès és la plena integració en una altra família mitjançant l'adopció... b) Si els progenitors o titulars de la tutela ho sol·liciten ... i fan abandonament dels drets i dels deures inherents a llur condició. 2. Als efectes previstos en l'apartat anterior, s'entén que no és factible la reintegració... en la seva família biològica quan, tot i existir una possibilitat de reintegració, aquesta requeriria el transcurs d'un període de temps durant el qual es pot produir un major deteriorament psicosocial en el desenvolupament evolutiu...

7. L. 37/91. Art. 13.1. Es pot adoptar la mesura d'acolliment preadoptiu, com a pas previ per a l'adopció.

a) Si el menor presenta signes de maltractament físic o psíquic, d'abusos sexuals, d'explo-tació o d'altres de naturalesa anàloga, o si per qualssevol motius els pares o els tutors estan sotmesos a una causa de privació de la pàtria potestat o remoció de la tutela o si no consta qui la té. b) Si els pares o tutors estan impossibilitats per a exercir llur potestat i es preveu que aquesta situació pot ésser permanent. c) Si els pares o tutors ho sol·liciten a l'organisme competent i fan abandonament dels drets i dels deures inherents a llur condi-ció. d) Si ho determina l'autoritat judicial.

quest acolliment amb una nova possible apel·lació. En el futur per a la constitució de la mesura bastarà una sola resolució administrativa que donarà peu a un únic procés de revisió judicial.

d) L'atenció als extutelats. Un aspecte de notable avanç està en l'assumpció legal del programa per a majors de 18 anys extutelats, amb l'establiment de mesures assistencials (si bé discrecionals) perquè no es pot truncar la feina feta durant molts anys en un CRAE o en un acolliment, així com no cessa en la vida ordinària la col·laboració dels parents amb els fills no tutelats. Experimentada amb bons resultats al llarg de molts anys per la DGAI-DGAM-DGAIA, s'ha decidit finalment consolidar la garantia assistencial, més enllà de la majoritat dels menors tutelats, i dels que estan en risc, mentre s'acaba l'etapa de la formació dotant-lo d'oportunitats reals. Actualment el suport del programa de majors de 18 anys és molt limitat i selectiu, i la prestació de la renda mínima d'inserció no és solució que garanteixi ni de lluny la igualtat d'oportunitats. Però perquè puguem realment parlar d'oportunitats caldrà que la Cartera de serveis socials no defineixi les prestacions per a aquests joves com a subjectes a crèdits pressupostaris, sinó com a garantides.

4. El sistema de revisió judicial

L'oposició per via judicial a les mesures protectores, i el procediment de constitució de l'adopció, mereixien un replantejament per simplificar els processos i garantir els drets de tots els interessats. En part s'ha aconseguit amb la regulació de la constitució de l'acolliment preadoptiu per via administrativa, però el procés d'oposició al desemparament i a les mesures ha quedat subsumit en la darrera i peregrina fórmula de posar impediments d'accés a la justícia incorporada a la Llei d'enjudiciament civil en ocasió de la llei estatal de l'adopció internacional. El plantejament de posar termi-

nis a l'oposició sembla més motivat per mantenir el control de la situació des de les instàncies administratives i per desconfiança vers el poder judicial, que no pas per garantir la seguretat jurídica de tots els afectats, infants inclosos.

Així, a l'article 111 del Projecte s'estableix un termini preclusiu per exercir l'acció impugnatòria. Hem dit i insisteixo que és contraproductiu i ineficax establir terminis a aquesta acció.⁸ Contraproductiu perquè tot desempament ha d'evolucionar cap a la rehabilitació de la família a través d'un pla de millora guiat per l'EAIA, i mentre aquest pla es desenvolupa, els familiars es veuen abocats a negar la situació i a impugnar les mesures; és a dir, han de col·laborar amb l'EAIA i a la vegada oposar-se judicialment a la proposta de l'EAIA per no córrer el risc de perdre la possibilitat de revisió judicial si el pla de millora finalment no surt a satisfacció dels tècnics. L'obertura de la possibilitat d'un procés sobre un canvi de circumstàncies també és una contradicció amb el termini preclusiu pretès; sempre s'al·legarà i sempre s'acabarà davant el jutjat tot i que el temps transcorregut i el silenci administratiu jugaran sempre contra la família natural.

Aquí sorgeix la paradoxa que si un pare és privat judicialment de la potestat per maltractament al seu fill, es podrà constituir la tutela civil d'aquest menor, i sempre podrà el pare demanar la rehabilitació segons el Codi civil; però si el pare només és suspès administrativament pel mateix maltractament, la decisió administrativa no es podrà revisar judicialment transcorregut el termini esmentat.

8. Aquests raonaments ja van ser exposats més amplament al meu article: Quanta, quanta, quanta llei publicat a la Revista de Treball Social núm. 179 de desembre de 2006.

Pel que fa a altres coses, cal congratular-se de la coherència del projecte quan aposta per la capacitat d'obrar del menor reconeixent-li la possibilitat impugnatòria de la resolució de desemparament i la de mesura, però més en l'aspecte negatiu que en el positiu. També és bo a sensu contrario, ja que el menor que es consideri desemparat podrà impugnar el silenci administratiu de l'Administració a la seva petició d'empara i separació de la llar familiar.

També la impugnació de les mesures de protecció es planteja de forma molt restrictiva per als familiars interessats. I tampoc no ens sembla encertada la restricció de les persones legitimades per impugnar-lo: "Els progenitors que no estiguin privats de la potestat, les persones titulars de la tutela que no els hagi estat remoguda, sempre que no hagin prestat el seu consentiment, o la mare que hagi fet abandonament voluntari abans d'haver passat trenta dies del part, poden oposar-se judicialment a l'acolliment preadoptiu dins del termini de dos mesos a comptar des de la notificació de la resolució".

No sembla encertada la proposta perquè va en sentit contrari al que estableix la Convenció segons hem dit: S'ha de donar a tots els interessats l'opunitat de participar en el procés. També és sorprenent el plantejament que el tutor pugui oposar-se i no ho puguin fer, ni reclamar l'acolliment amb ells, un germà o uns oncles del menor desemparat que hagin estat ignorats per l'equip tècnic com passa de vegades. Ni tan sols el fiscal podria oposar-s'hi! I no sembla que això sigui sempre convenient a l'interès del menor.

Semblen en definitiva plantejaments de poca confiança en l'Administració de justícia i de massa autoprotecció de l'acció de l'Administració governativa.

III. Altres problemes i disfuncions subsistents i mereixedors de solucions legislatives per a l'assoliment dels drets i oportunitats de la infància

La insatisfacció permanent sobre l'eficàcia del sistema de protecció de menors al nostre país ha portat sistemàticament a la recerca de solucions per via de la reforma legislativa, més que per mesures de bona administració i d'assignació equitativa de la despesa pública. Les reformes legislatives ara i aquí no són imprescindibles per aconseguir més qualitat en l'atenció a la infància, però no per això hem de deixar d'intentar millorar el sistema jurídic per assegurar l'aplicació eficaç de la Convenció, però el projecte presentat encara podria millorar-se si s'analitzessin amb rigor i s'incorporessin alguns aspectes oblidats tals com els que s'enumeren a continuació.

1. L'interès del menor hauria de ser present a totes les lleis que l'afecten

S'ha tractat d'obtenir una mena de codi dels drets del menor a l'estil de com ja es va fer l'any 1995 amb la Llei d'atenció i protecció dels infants i adolescents, i el més probable és que el resultat serà tan pobre com llavors.

A Catalunya tota la competència en atenció i protecció a la infància en risc, i per tant tota la responsabilitat de prevenció i atenció, recau en les institucions que determina la Generalitat, segons previsió constitucional, i segons es desprèn de l'Estatut d'Autonomia (a excepció de les matèries reservades a Llei orgànica i de les temàtiques que tenen altres títols competencials com penal, processal o estrangeria). Segons l'Estatut (art. 16, 17, 40) hi ha d'haver a Catalunya:

- Suport en la família i en l'entorn: Els menors tenen dret a rebre l'atenció integral necessària per al desenvolupament de llur personalitat i llur benestar en el context familiar i social.
- Suport als pares dels nens en risc: Els poders públics han de tenir com a objectiu la millora de la qualitat de vida de totes les persones.
- Suport a la família natural o biològica, i a l'acollidora si és el cas: Els poders públics han de garantir la protecció jurídica, econòmica i social de les diverses modalitats de família.
- Prevenció del maltractament: Els poders públics han de garantir la protecció dels infants, especialment contra tota forma d'explotació, d'abandonament, de maltractament o crueltat i de la pobresa i els seus efectes.

I a la Generalitat, com a poder públic que és, pertoca dotar i garantir aquest suport. I també als ajuntaments i consells comarcals segons aquella estableixi.

Així les coses, sembla que el Projecte⁹ presentat hauria d'anar en la direcció de concretar les funcions i els responsables de fer realitat les previsions estatutàries més que a emprendre una tasca compiladora i innecessària de drets ja recollits a altres lleis sobre tot quan s'acaba de promulgar recentment la nova llei de serveis socials que ja tracta de l'atenció social a la infància i està encara debatent-se en el Parlament la nova regulació de la família en el Codi civil de Catalunya.

I també creiem que els esforços legislatius s'han d'orientar al fet que els interessos dels infants estiguin presents en totes les lleis que els afecten directament, des de les sanitàries a les educati-

9. Ja en curs de publicació aquest llibre, ha estat publicat al Butlletí del Parlament el text de projecte aprovat pel Govern el 30 de juny de 2009.

ves passant per les urbanístiques, penals, civils i processals. Penso que el millor sistema normatiu seria el que tractés tots els assumptes de relacions paternofilials al Codi civil, i tota la regulació de recursos de prevenció i protecció de menors dins la normativa de serveis socials. La resta de normes que afecten la infància i que toca superficialment la Llei 8/1995 (i ara el nou Projecte) han de tenir el seu lloc ben imbricat en les normes de rang legal correlatives (associacions, treball, cultura, transports, educació etc.), i per a això el que fa falta és un estudi profund de les mancances i desconsideracions sobre els interessos dels menors a tot el sistema legal vigent des de l'òptica de la Convenció dels Drets de l'Infant, i promoure després l'adequació de les lleis que ho necessitin.

2. El dret de participació dels menors

És important avançar en la promoció d'aquest dret, però ha de ser amb motivació pedagògica i no demagògica.

Hi ha un tipus de participació molt important i transcendent, que és la d'audiència individual en los processos judicials i administratius, i que en general és respectada. És la de situacions de crisi, en la qual donem la paraula al menor per convicció, per respecte, o perquè pot aportar llum a un procediment administratiu o judicial. Aquesta participació la recull l'article 12.2 de la Convenció: "(...) se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional."

Però hi ha un altre mandat més ampli en el número 1 del mateix article de la Convenció: "Los Estados Partes garantizarán al

niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.” Aquesta altra participació és també molt important i es pot afirmar que està sotmesa a un dèficit democràtic greu. A l'igual que com a membres de la ciutadania ens avergonyim de la nostra història quan la nostra societat no permetia el vot o certes llibertats a la dona o a certes classes socials, és possible que un dia també ens avergonyirem de certs límits a la llibertat d'expressió i de participació que posem irreflexivament als menors quan es legisla, reglamenta o planifica el seu futur o els serveis que els afecten.

La llei que ara es tracta d'impulsar fa uns tímids avanços en aquesta línia, però aquests espais i procediments per a la participació s'haurien d'establir molt clarament i concretament a rang de llei per no deixar-la en la precària situació de l'anterior i encara vigent Consell Sectorial de Serveis Socials de Participació d'Atenció a la Infància. Fa falta una fórmula de recollida sistemàtica del sentir de la població menor d'edat; aquest termòmetre és necessari, i mentre no el tinguem, l'interès superior dels menors serà el que el majors creguin o vulguin.

3. La coordinació interadministrativa

En ciències socials no existeix una veritat matemàtica única per explicar fenòmens i situacions personals, però no cal saber gaire ciència per descobrir que el punt més feble del circuit vital de la societat està en la infància, en la manca de prevenció de riscos socials, i en les mancances materials i educatives, i que els mals dels infants d'avui són les tragèdies dels adults de demà, tant les individuals com les col·lectives.

De l'escola s'espera molt per formar els infants, però a la família pertoca la part més important sense tenir en molts casos capacitat o possibilitat d'exercir les funcions educatives i protectores. Els serveis socials bàsics o d'atenció primària que ja tenien funcions preventives, de detecció, anàlisi, diagnosi, gestió de serveis d'ajuda a domicili i d'intervenció socioeducativa amb menors i famílies rebran a partir d'ara una tensió més gran, ja iniciada amb la desaparició del servei d'urgències de la DGAIA. I hauran de gestionar directament les intervencions de risc. Cal preveure com fer-lo i dotar-los dels recursos adients. No basta que la Llei d'educació de Catalunya digui que els serveis socials municipals s'han de coordinar amb els educatius.

Això, junt a la ja crònica indeterminació de la incardinació administrativa dels EAIA, que són l'eix més important sobre el qual gira l'atenció al menor i llur família, fa témer pel resultat de tanta reforma normativa en què falta precisament regular aquests equips a rang de Llei de forma clara. Si els EAIA han de ser els òrgans que diagnostiquin el risc i el desemparament, pronostiquin el no-retorn, i en els altres casos hagin de treballar amb les famílies naturals un "full de ruta" aplegant tot tipus de recursos públics dependents de diferents administracions, han de ser investits d'autoritat tècnica i capacitat de coordinació administrativa, i això no es pot fer en un reglament posterior.

4. L'adopció simple o l'acolliment amb vincle d'afiliament

La ruptura completa i rutinària de les relacions familiars biològiques per donar solidesa a la filiació jurídica adoptiva ha estat qüestionada des de diferents plantejaments tècnics pels experts que treballen en el camp de la protecció de menors i de l'adopció. Els seus arguments es concentren en el fet que:

- a) La ruptura radical de vincles relacionals amb la família biològica no sempre és bona per a l'adoptable, tot i que l'adopció sigui necessària.
- b) L'adopció simple és menys traumàtica que l'adopció plena tant per als nens com per als pares biològics.
- c) És més acceptable èticament l'adopció simple que la plena quan els pares biològics no són directament o completament culpables de la situació del menor adoptable; en aquests casos es pot arribar a obtenir el seu assentiment per a constituir la nova filiació.
- d) És més natural la simple perquè no fa perdre orígens ni identitat tot i la nova configuració familiar.

L'adopció simple, tal com es configura en sistemes jurídics europeus propers al nostre, com ara el francès, on és molt utilitzada (Code civil art. 358 i s.) o el portuguès (Código civil art. 1992 i s.), s'ha d'entendre com la filiació jurídica que crea els drets i obligacions propis de la potestat entre adoptant i adoptat, però no renega de la veritat biològica ni l'oculta, i rescata d'ella els aspectes positius de la família d'origen que poden ser favorables per al ple desenvolupament personal i social de la persona adoptada.

Ens fa falta, segons molts professionals que treballen les ruptures familiars, una opció més entre la tutela que no crea vincles familiars i l'adopció plena que en ocasions els força o els dissuadeix. La figura jurídica d'adopció o afillament simple té una sòlida base tècnica elaborada pel Consell Assessor de la Síndica de Greuges de Barcelona i va ser proposada per ella al Departament de Justícia quan s'elaborava el projecte de codi civil de Catalunya.

5. Els drets específics dels menors atesos en serveis especialitzats d'infància

Com s'ha dit abans, el Projecte de Llei de serveis socials va deixar per a la Llei especial d'infància la seva regulació. El dret més important d'un infant en un centre residencial d'acció educativa és assolir-hi les oportunitats que la seva família natural no li ha pogut donar, o no ha sabut o no ha volgut donar-li; i viure en el centre un entorn familiar. I la tasca legislativa ha d'anar dirigida a construir aquest espai de desenvolupament humà aplicant les normes de relació paternofilials i de tutela del Codi civil, més que de règim institucional com fins ara, i garantint la qualitat educativa.

6. El procediment administratiu de protecció de menors

La funció pública protectora de menors és una funció de tutela civil a partir d'una situació de fet regulada també per la Llei civil. No obstant això, el subjecte agent de la tutela és un òrgan administratiu i com a tal subjectat a un procediment reglat, procediment que d'entrada no hauria de ser altre que el regulat per la Llei 30/1992. Les connotacions històriques (antecedents del sistema de tribunals tutelars de menors) i la matèria civil substantiva que es tracta portaren necessàriament els anys noranta a un procediment híbrid i insatisfactori per gestionar la funció civil del tutor administratiu. Un altre procediment és possible que doni més seguretat jurídica i més transparència a la difícil funció tutelar, i és el moment de regular-lo superant la llarga transició que ha durat vint anys dels antics tribunals tutelars. I en aquest procediment no s'ha de confondre la necessitat de normalitzar la intervenció administrativa dels òrgans tutelars, amb la intervenció tècnica d'investigació, diagnòstic i tractament de les situacions de mancances o maltractaments dels menors, que ha de romandre en l'àmbit de la bona praxis professional de l'equip

tècnic, i això ha de quedar reflectit en la nova llei per no donar peu a sospites d'irregularitat en aquestes intervencions.

7. Cal continuar pensant

A més dels comentats, mereixerien una especial anàlisi i debat tècnic i jurídic altres aspectes de la vida dels infants que encara no tenen regulació suficient a rang de llei com:

- **La renúncia hospitalària.** Continua pendent de regulació suficient la problemàtica de la maternitat immadura, la renúncia al nadó en seu hospitalària i les garanties de tothom respecte d'això.
- **El dret a la guarda administrativa voluntària.** L'interès del menor comprèn la possibilitat de ser acollit transitòriament i voluntàriament en centres residencials quan la seva família per circumstàncies extraordinàries no pot exercir la guarda. Aquest dret podria realitzar-se com un servei social preventiu de competència local.
- **La intervenció socioeducativa sobre els menors de 14 anys infractors** davant l'eximent de responsabilitat penal que conté la Llei orgànica 5/2000.
- **L'atenció al menors rebels a la potestat** quan, com diu el Codi de Família (art. 143), els pares poden demanar l'assistència i la intervenció dels poders públics per a la correcció.
- **La garantia dels drets de cada infant en el dia a dia** d'infants sota mesures de protecció en centre residencial. Supervisar la realització d'aquests drets és funció dels

EAlA, de la inspecció dels serveis socials; també del Ministeri Fiscal, i del Síndic de Greuges, però aquestes institucions no disposen de la capacitat operativa per mantenir la freqüència necessària de contacte amb els 2.500 menors tutelats que a Catalunya es troben en centres, i requeriria comptar amb un servei d'inspecció especialitzat independent de l'òrgan responsable de la protecció.

Així les coses, vull concloure aquesta ponència recordant i parafrasejant a Francisco Tomás y Valiente expresident del Tribunal Constitucional: "La historia no está terminada ni resuelta en nombre de leyes conocidas. No tenemos más remedio que seguir pensando. Afortunadamente."

CAPACITAT DELS MENORS

Dolors Viñas

Magistrada de la Secció 18a. de l'Audiència Provincial de Barcelona

Sumari:

I. El menor com a subjecte actiu de drets. II. Capacitat dels menors en les actuacions de contingut jurídic: 1) Introducció. 2) Actes de contingut jurídic en l'àmbit de la persona. 3) En els procediments de família. 4) En l'adopció. 5) En l'àmbit patrimonial. **III. Intervenció dels menors en els procediments de protecció de menors:** 1) Legislació vigent. **IV. La persona menor en l'àmbit de la salut.** 1) Introducció. 2) Marc legal. 3) Supòsits d'interrupció de l'embaràs. 4) Situació prelegislativa sobre aquesta matèria.

I. El menor com a subjecte actiu de drets

El canvi o la transformació en la consideració del menor com a objecte de protecció fins a la seva consideració com a titular o subjecte actiu de drets, s'ha produït de forma lenta i progressiva, sobretot durant tot el segle XX.

Ha tingut una influència fonamental en aquesta transformació la Convenció de les Nacions Unides sobre els Drets de l'Infant, adoptada per l'Assemblea General el 20 de novembre de 1989 i ratificada per Espanya el 6 de desembre de 1990.

Com a antecedents cal destacar:

- La Declaració de Ginebra de 1923, que és la primera manifestació dels drets dels nens. Aquesta declaració només recull drets socials, o encara menys, es conforma com un recull de principis, però té una gran importància en el desenvolupament del drets de la infància.
- La Declaració Universal dels Drets de la Infància aprovada per unanimitat el 20 de novembre de 1959. Tampoc recull drets civils. El nen o nena no pot exercir directament els seus drets i ha de fer-ho mitjançant altres persones. L'infant no apareix com a subjecte actiu de drets, però té reconegut cert protagonisme.

A les últimes dècades del segle XX s'ha produït una important transformació en la concepció dels drets de la infància. S'ha passat de la seva consideració com a objecte de protecció, on els pares o la família exercien l'autoritat i els fills es trobaven en un pla d'inferioritat, a la seva consideració com a subjectes de drets a qui es reconeix una progressiva autonomia de voluntat. La mateixa concepció de la pàtria potestat, com una funció que s'ha

d'exercir en benefici dels nens i nenes, on els pares tenen una important responsabilitat en l'educació i formació, és una manifestació d'aquesta transformació.

La Convenció sobre els Drets de l'Infant considera l'infant com a subjecte actiu de drets i no com una persona privada totalment de capacitat d'obrar, que legitima l'existència d'un poder absolut per part dels pares. La paraula infant prové de la llengua llatina "infans, - antis", que vol dir "nen incapaç de parlar". Doncs bé, el nen/a ja no té la consideració de persona immadura, incompleta, sinó que té la consideració de persona humana titular de drets que són inherents a la seva condició. Una de les novetats més importants de la Convenció és el reconeixement de drets civils i la regulació de la justícia juvenil, juntament amb el reconeixement dels drets socials.

La Convenció defineix el nen/a per l'edat, fins als 18 anys.

No reconeix capacitat plena per a exercir els seus drets però recull un dret molt important, que ha estat objecte de desenvolupament posterior per altres instruments internacionals i lleis internes, el dret de ser escoltat. L'article 12 disposa que *"Els Estats membres han d'assegurar a l'infant amb capacitat de formar un judici propi, el dret a manifestar la seva opinió en tots els afers que l'afectin. Les opinions de l'infant han de ser tingudes en compte segons la seva edat i maduresa. Amb aquesta finalitat, l'infant ha de tenir especialment l'oportunitat de ser escoltat en qualsevol procediment judicial o administratiu que l'afecti, bé directament, bé per mitjà d'un representant o d'una institució adequada, d'acord amb les normes de procediment de la legislació."*

En el reconeixement de drets processals als nens i nenes, s'ha de destacar també el Conveni Europeu sobre l'exercici dels drets dels nens d'Estrasburg de 25 de gener de 1996. Limita el seu

àmbit als procediments de família, en concret els relatius a l'exercici de responsabilitats parentals, com els que es refereixen a la residència i el dret de visites dels nens (art. 1) que recull el dret a ser informat i a expressar la seva opinió en els procediments, quan es consideri, segons el dret intern, que el nen té prou discerniment. El contingut del dret reconegut és el següent: rebre informació, ser consultat i expressar la seva opinió; ser informat de les conseqüències d'actuar conforme a la seva opinió i de les conseqüències de qualsevol resolució. Es reconeix així mateix el dret que se li nomeni un representant especial i a rebre assistència d'una persona adequada de la seva elecció per tal d'expressar les seves opinions.

La Carta dels Drets Fonamentals de la UE (2000/C 394/01-DOCE 18-12-00) recull també el dret a expressar la seves opinions i la primacia de l'interès superior de l'infant (art. 24). Igualment el Reglament núm. 2201/2003 de 27 de novembre de 2003.

En l'àmbit de la legislació interna, la nova concepció de la infància es reflecteix a la pròpia Constitució Espanyola de 1978, que recull a l'article 39 els principis de protecció de la família i de la infància, i com a deure dels pares el de prestar assistència als fills menors d'edat i es remet a la protecció dels nens que es reculli als tractats internacionals. En la mateixa línia, la important reforma del Codi Civil introduïda per la Llei 11/1981 de 13 de maig, que va canviar totalment la concepció i el contingut de la pàtria potestat a la nostra legislació interna.

La Llei orgànica 1/1996, de 15 de gener, de protecció del menor, en l'article 9 recull el dret del menor de ser escoltat, en l'article 10 recull l'obligació de les administracions de facilitar la necessària assistència als menors per a l'exercici dels seus drets i l'accés directe dels menors als serveis creats amb aquesta finalitat, així com la supremacia de l'interès del nen.

La Llei 8/1995, de 27 de juliol, d'atenció i protecció dels infants i els adolescents i de modificació de la Llei 37/1991, de 30 de desembre, defineix a l'article 2 el que s'entén per "infant" –tota persona menor de dotze anys – i per "adolescent" –tota persona amb una edat compresa entre els dotze anys i la majoria d'edat–, distinció que té una transcendència en el contingut dels drets i facultats que es reconeixen i en el seu exercici. També recull l'interès superior del nen i de l'adolescent i el dret d'informació i de participació (art. 3 i 11).

El Projecte de Llei dels drets i les oportunitats de la infància i l'adolescència, aprovat pel Govern de Catalunya el 30 de juny de 2009, que igualment recull com a principi rector l'interès superior de la persona infant i adolescent, el dret de ser escoltada en els articles 5 i 7 i com es veurà, fa un pas endavant molt important en matèria d'exercici d'aquests drets.

II. Capacitat dels menors en les actuacions de contingut jurídic

1. Introducció

Com hem vist, l'article 2 de la Llei d'atenció i protecció dels infants i adolescents (LAPIA), de 27 de juliol de 1995, fa una distinció entre infant –fins als 12 anys – i l'adolescent –dels 12 als 18. Aquesta distinció es recull a l'article 2 de l'Avantprojecte, que canvia tan sols la terminologia, i distingeix entre “persona infant” i “persona adolescent”.

L'exposició de motius de l'Avantprojecte fa referència a la consideració dels infants i els adolescents com a subjectes de dret i a la consideració del dret de decidir com un dret que s'infereix de la seva capacitat.

El Projecte de llei del Llibre segon del Codi Civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família, disposa a l'article 211-3, que porta la rúbrica de “Capacitat” que: *“1. La capacitat d'obrar de la persona es fonamenta en la seva capacitat natural, d'acord amb el que disposa aquest Codi. 2. La capacitat d'obrar plena s'assoleix amb la majoria d'edat. 3. Les limitacions a la capacitat d'obrar s'interpreten de forma restrictiva, atenent a la capacitat natural.”*

Pel que fa referència a l'exercici dels drets, l'article 10 de la LAPIA diu sota la rúbrica de “Drets civils i polítics” que *“Els infants i els adolescents tenen dret a exercir els drets civils i polítics sense més limitacions que les fixades per la legislació vigent.”*

El Codi de Família, en l'article 133,3 fa referència també a la interpretació restrictiva de la capacitat d'obrar dels fills menors i en el mateix sentit es recull en l'article 22 de la LO 1/1996.

El Projecte fa un pas molt important en la concepció dels drets dels infants en l'article 17, que disposa:

“1. Les persones infants i adolescents poden exercir i defensar per elles mateixes els seus drets, excepte quan la llei limiti aquest exercici; en tot cas, poden fer-ho mitjançant els seus representants legals sempre que no tinguin interessos contraposats als seus.

2. Les limitacions a la capacitat d'obrar de les persones infants i adolescents s'han d'interpretar sempre de forma restrictiva.

3. Les persones infants i adolescents, amb l'objecte de demanar informació, assessorament, orientació o assistència, poden adreçar-se personalment a les administracions públiques encarregades de la seva atenció i protecció, fins i tot sense el coneixement de llurs progenitors, tutors o guardadors, en particular si la comunicació amb aquelles persones pogués frustrar la finalitat pretesa. Amb aquest mateix objectiu poden adreçar-se també al Ministeri Fiscal, a l'adjunt al Síndic de Greuges per a la Defensa dels Drets dels Infants o als síndics de greuges o defensors locals de la ciutadania.

4. Les administracions locals, en funció de llur proximitat a la ciutadania i d'acord amb la legislació vigent, són el primer nivell d'informació i assessorament de les persones infants i adolescents que ho sol·licitin.”

La idea que s'extrau de la regulació anterior és clara: els nens i nenes són titulars de drets propis que poden exercir, en la forma que disposi la llei, per si mateixos o mitjançant els seus representants legals, i s'han d'interpretar les limitacions de la seva capacitat de forma restrictiva, és a dir, en benefici dels seus titulars.

L'article 6 de la Llei processal civil (LEC) reconeix capacitat per a ser part a les persones físiques i als concebuts no nascuts i l'article

7 reconeix capacitat per a comparèixer en un procediment, a les persones físiques que puguin exercir de forma plena els seus drets civils i els que no puguin hauran de comparèixer mitjançant representació o amb l'assistència, l'autorització, l'habilitació o el defensor exigit per la Llei.

La sentència del Tribunal Suprem d'1 de setembre de 2006, núm. de recurs 2772/1999, assenyala que la regulació de la minoria d'edat, que implica limitació de la capacitat d'obrar, es fonamenta en l'existència d'aquesta capacitat i en la necessitat d'integrar-la.

La sentència del Tribunal Suprem de 30 de gener de 2008, núm. de recurs 776/2001, sobre el dret de l'honor i la intimitat d'una menor d'edat, afirma que els menors de edat tenen indiscutiblement capacitat per a ser part en el procés, com a titulars de drets i obligacions i que la compareixença en judici, al ser menor d'edat, s'ha d'efectuar mitjançant el seu representant legal, però considera com a part processal legítima a la menor, i com a titular de la relació jurídica.

2. Actes de contingut jurídic en l'àmbit de la persona

a) En relació al **matrimoni**, poden contraure matrimoni els menors emancipats i els menors, majors de 14 anys, amb dispensa del jutge i el matrimoni produeix l'emancipació. (Articles 46 i 48 del Codi Civil (CC)) - No poden contraure matrimoni: els menors d'edat no emancipats. El jutge de primera instància pot dispensar, amb causa justa i a instància de part, de l'impediment d'edat a partir dels catorze anys. En els expedients de dispensa d'edat s'ha d'escoltar el menor i els seus pares o guardadors. La dispensa ulterior convalida, des de la seva celebració, el matrimoni, si no ha estat instada la seva nul·litat – i article 316.

b) Per al **reconeixement dels fills no matrimonials**, L'article 95 del Codi de Família (CdF) disposa que tenen capacitat per al reconeixement de la paternitat els majors de 14 anys i, per al de la maternitat, la mare des que s'acrediti el fet del part, sigui quina sigui l'edat; per a la validesa del reconeixement fet per persones menors no emancipades o persones incapacitades, cal l'aprovació judicial, amb audiència del ministeri fiscal. L'article 121 CC només exigeix l'aprovació judicial amb audiència del ministeri fiscal, per als que que no puguin contraure matrimoni per raó d'edat i l'article 124 disposa que l'eficàcia del reconeixement del menor o incapacitades requereix el consentiment exprés del seu representant legal o l'aprovació judicial amb audiència del ministeri fiscal i del progenitor conegut legalment. No és necessari el consentiment o l'aprovació si el reconeixement s'ha efectuat en testament o dins el termini establert per a practicar la inscripció del naixement. La inscripció de paternitat, així practicada, es pot suspendre per la simple petició de la mare durant l'any següent al naixement. Si el pare sol·licita la confirmació de la inscripció, és necessària l'aprovació judicial amb audiència del ministeri fiscal.

c) Per a l'**exercici de la potestat dels seus fills**, l'article 141 del Codi de Família preveu que el pare o la mare exerceixen la potestat sense necessitat de cap assistència en determinats casos —si estan casats amb una persona major d'edat, respecte als fills comuns, si estan emancipats i si és per raó de matrimoni, si tenen setze anys o més— i amb assistència del pare i de la mare, tutor o curador en la resta de casos. L'article 157 del CC preveu l'exercici amb l'assistència dels pares, tutor o jutge.

d) **Emancipació**. L'article 320 CC disposa que el jutge pot concedir l'emancipació dels fills més grans de setze anys si

aquests la demanen i amb l'audiència prèvia dels pares: 1r. Quan qui exerceix la pàtria potestat es casí o convisqui maritalment amb una persona diferent de l'altre progenitor. 2n. Quan els pares visquin separats. 3r. Quan hi concorri qualsevol causa que dificulti greument l'exercici de la pàtria potestat. L'article 314 CC disposa que l'emancipació té lloc: 1r. Per la majoria d'edat. 2n. Pel matrimoni del menor. 3r. Per concessió dels que exerceixen la pàtria potestat. 4t. Per concessió judicial. L'article 316 disposa que el matrimoni produeix de dret l'emancipació i l'article 323 que l'emancipació habilita el menor per regir la seva persona i els seus béns com si fos major d'edat; però fins que no arribi a la majoritat l'emancipat no pot agafar diners en préstec, gravar o alienar béns immobles i establiments mercantils o industrials o objectes d'un valor extraordinari sense el consentiment dels pares i, si falten tots dos, sense el del curador. El menor emancipat pot comparèixer en judici per si sol. El que disposa aquest article també és aplicable al menor que hagi obtingut judicialment el benefici de la majoritat. L'actuació del fill o la filla emancipat està regulada en el CdF a l'article 159 en el mateix sentit. Pot actuar en relació amb la seva persona i els seus béns i drets, com si fos major d'edat i necessita de l'assistència dels pares o persona a qui correspongui completar la seva capacitat en determinades actuacions.

e) Excepcions a la **representació legal dels pares**. L'article 155 del Codi de Família exceptua de la representació legal els actes relatius als drets de la personalitat, llevat que les lleis que els regulin ho disposin altrament; els actes que, de conformitat amb les lleis i segons l'edat i la capacitat natural, puguin fer el fill o filla per si mateix; els actes, en els quals hi hagi un conflicte d'interessos entre el pare o la mare o el dels dos; els actes relatius als béns exclosos de

l'administració del pare o de la mare. L'article 149 del CdF exceptua de l'administració dels pares, entre d'altres, els béns adquirits pel fill o filla de més de setze anys amb la seva activitat que generi benefici, amb relació als quals ha d'actuar com si fos emancipat. El CC ho disposa de la mateixa manera en els articles 162 i 164.

3. En els procediments de Família

El dret del menor de ser escoltat es recull com s'ha assenyalat en normes internacionals. En la nostra legislació interna, a l'article 9 de la L.O 1/1996; article 11 LAPIA i article 7 de l'Avantprojecte; article 133 CdF en l'exercici de la potestat i l'article 82-2 CdF en matèria de nul·litat, separació i divorci, per acordar mesures que l'afectin; article 134 en l'adopció de mesures de protecció en qualsevol procediment; articles 138 i 139 CdF en les controvèrsies o desacords en l'exercici de la potestat i en els articles 770,4 i 777,5 de la LEC.

4. En l'adopció

S'ha d'escoltar el menor de 12 anys, si té prou coneixement i es requereix el consentiment del menor major de 12 anys (articles 123 i 121 CdF i 177 CC).

5. En l'àmbit patrimonial sense ànim de ser exhaustius

a) En matèria de **successions**, tenen capacitat per atorgar testament els majors de 14 anys. El Llibre IV del Codi Civil de Catalunya, articles 421-3 i 421-4, diu que poden testar totes les persones que, d'acord amb la llei, no siguin inca-

paces per a fer-ho i que són incapaços per a testar els menors de catorze anys i els que no tenen capacitat natural en el moment de l'atorgament. En el mateix sentit l'article 663 CC.

b) En matèria de **possessió**. El Llibre V del Codi Civil de Catalunya, article 521-3, reconeix capacitat natural a totes les persones per adquirir la possessió, però les persones menors requereixen de l'assistència dels seus representants per exercir les seves facultats.

c) En matèria de **donacions**. Poden fer donacions les persones que tenen capacitat d'obrar per a disposar dels béns i poden acceptar donacions les persones que tenen capacitat natural. Es requereix de l'assistència dels representants legals per acceptar donacions amb gravàmens, càrregues o modes (articles 531.10 i 531.21 del Codi Civil Català).

d) Per atorgar **capítols matrimonials**, els qui poden contraure matrimoni vàlidament, però necessiten, si escau, els complements de capacitat que corresponguin. En el mateix sentit l'art. 1326 CC.

e) Per a la **disposició de béns** dels menors. Els pares necessiten autorització judicial per a disposar de determinats béns, però l'article 153 del CdF substitueix l'autorització judicial pel consentiment del fill o filla major de setze anys, donat en escriptura pública.

La conclusió que podem derivar de la normativa examinada és que la persona menor de edat ja no es pot considerar únicament com un objecte de protecció, o com un subjecte sense capacitat jurídica, sinó com a subjecte actiu de drets que pot exercir per si mateix, d'acord amb les limitacions establertes a les lleis. Es reco-

neix una capacitat progressiva o evolutiva al menor i, en conseqüència, una certa autonomia també progressiva en l'exercici dels seus drets. Aquest reconeixement progressiu de capacitat condiciona el contingut de les facultats dels pares o representants legals que evolucionaran en inversa proporció. La sentència del TC de 29 de maig de 2000 assenyalava que *“Desde la perspectiva del art. 16 C.E. los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales, en este caso, de sus derechos a la libertad de creencias y a su integridad moral, sin que el ejercicio de los mismos y la facultad de disponer sobre ellos se abandonen por entero a lo que al respecto puedan decidir aquellos que tengan atribuida su guarda y custodia o, como en este caso, su patria potestad, cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez del niño y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar (arts. 162.1, 322 y 323 C.C. o el art. 30 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento Administrativo Común). Así pues, sobre los poderes públicos, y muy en especial sobre los órganos judiciales, pesa el deber de velar por que el ejercicio de esas potestades por sus padres o tutores, o por quienes tengan atribuida su protección y defensa, se haga en interés del menor, y no al servicio de otros intereses, que por muy lícitos y respetables que puedan ser, deben postergarse ante el “superior” del niño (SSTC 215/1994, de 14 de julio; 260/1994, de 3 de octubre; 60/1995, de 17 de marzo; 134/1999, de 15 de julio; STEDH Caso Hoffmann).”*

La legislació vigent fa referència al concepte de “capacitat natural” del menor, a l'existència de discerniment per a rebre informació i emetre una opinió en qualsevol actuació que els afecti. Tot i així, davant la dificultat de determinar en cada cas la concreta capacitat del menor, les lleis estableixen diferents franges d'edat, en què progressivament es reconeixen més facultats d'actuació, i es produeix una ampliació progressiva de la seva capacitat.

La primera edat de referència són els 12 anys. Existeix una presumpció legal de suficiència de coneixement o maduresa a partir d'aquesta edat, de manera que resulta preceptiva la seva audiència i en alguns casos, com en la constitució de l'adopció, el seu consentiment. Al contrari, si el menor té menys de 12 anys s'ha de valorar si té prou coneixement o discerniment. No està prevista la forma com es pot valorar la suficiència de coneixement dels menors de 12 anys, en els procediments en els quals s'han de prendre decisions que afecten la vida del menor. Si bé això no és objecte d'aquesta ponència.

La segona edat són els 14 anys. Com hem vist es reconeix capacitat als majors de 14 anys per a contraure matrimoni, en determinades condicions i per a testar.

Finalment la tercera edat, decisiva o de més transcendència, són els 16 anys, en què està permesa l'emancipació i es reconeix capacitat per a moltes actuacions —obtenir l'emancipació, treballar, consentir la disposició de béns propis— equiparant en molts àmbits la capacitat del menor amb la del major de edat, encara que es requereixi en molts supòsits cert complement.

III. Intervenció dels menors en els procediments de protecció de menors

1. Legislació vigent

El Codi de Família, articles 164, 165 i 166. Recullen una referència al desemparament i es remeten a la legislació específica en matèria de protecció de menors.

Llei de protecció de menors i adopció. L'article 5, que regula les mesures de protecció en situacions de desemparament, en l'apartat 4t disposa que *“en l'adopció de qualsevol mesura ha d'ésser escoltat el menor de més de dotze anys, i el de menys de dotze si té prou coneixement i és possible”*.

No està prevista la notificació del desemparament i de l'adopció de la mesura al menor, ni amb la finalitat de ser informat sobre la seva situació. La Llei només preveu la notificació de les resolucions (articles 2,4 i 7) als pares, al tutor, al guardador o als familiars que darrerament hagin conviscut amb el menor.

En la **constitució de l'acolliment simple**, no hi ha cap previsió d'una major intervenció que l'audiència del menor, major de 12 anys.

En la **constitució de l'acolliment preadoptiu**:

a) Constitució per l'entitat pública –amb l'assentiment dels pares o els tutors:

- Audiència del menor de 12 anys, si té prou coneixement i és possible.
- Consentiment si és major de 12 anys.

b) En la constitució de l'acolliment preadoptiu per l'autoritat judicial. La regulació aplicable és la continguda en la

LEC de 1881, Llibre III, article 1.829, vigent fins que entri en vigor la Llei sobre jurisdicció voluntària (disposició derogatòria única LEC 2000). Es requereix, així mateix, el consentiment del menor major de 12 anys i l'audiència del menor si té prou coneixement.

La raó és la mateixa que en l'adopció. Tot i que l'acolliment preadoptiu es preveu a la Llei com una mesura de protecció més, és la mesura prèvia a l'adopció que produeix importants efectes jurídics en la situació del menor. L'acolliment preadoptiu es configura com una institució “a cavall” entre les mesures de protecció dels menors desemparats, en les quals no està prevista la necessitat del consentiment, i l'adopció d'indubtable transcendència jurídica en la vida del menor. En l'acolliment, el menor s'integra de forma definitiva en la família acollidora, que després serà adoptiva. L'acolliment preadoptiu cessa també per sol·licitud del menor, si té més de dotze anys (article 17).

Projecte de Llei del drets i les oportunitats de la infància i l'adolescència, aprovat pel Govern de Catalunya el 30 de juny de 2009.

El Projecte de Llei preveu el dret de l'infant que tingui prou coneixement i de la persona adolescent a rebre informació durant tot el procés sobre la seva situació personal, les mesures adoptades, les actuacions que cal seguir, la seva duració, contingut, els seus drets i els òrgans i institucions, als quals poden adreçar-se per a la defensa dels seus drets.

Es recull la necessitat d'**escoltar** la persona adolescent, en tot cas, i a la persona infant si té prou coneixement en diferents articles:

a) Article 101: en una primera fase d'intervenció preventiva prèvia a fer una proposta de desemparament, en la sig-

natura del compromís socioeducatiu elaborat pels serveis especialitzats d'atenció a la infància i l'adolescència.

b) Article 104: en el procediment de desemparament, els equips tècnics durant el procés d'estudi i avaluació han d'escoltar la persona adolescent i la persona infant si té prou coneixement.

c) Article 105: en el procediment simplificat de desemparament.

d) Article 108: abans de la declaració preventiva de desemparament i adopció de mesures urgents, sempre que la situació ho permeti.

Els articles anteriors no són més que manifestacions concretes del dret dels menors de ser escoltats i de participar en les actuacions que els afecten, drets recollits en convenis internacionals i lleis generals.

Cal destacar com a novetat i expressió de l'exercici dels propis drets, per part de la persona menor, reconegut de manera general en l'article 17, la possibilitat per part de la persona adolescent d'impugnar la declaració de desemparament. L'article 106 referent a la notificació, preveu la notificació de les resolucions que declarin el desemparament, a la persona adolescent. L'article 111 preveu aquesta possibilitat d'impugnació i requereix que prèviament l'autoritat judicial hagi nomenat defensor judicial. El nomenament de defensor judicial l'ha de promoure l'entitat pública que hagi assumit la tutela quan l'adolescent hagi manifestat la seva disconformitat vers la resolució de desemparament.

L'article 121 preveu la impugnació per part de la persona adolescent de les mesures de protecció, previ nomenament de defensor judicial promogut pel tutor.

No es preveu la possibilitat que l'adolescent pugui demanar la revisió o cessament de la declaració de desemparament per canvi

de circumstàncies, que l'article 113 reserva als progenitors que no hagin estat privats de la potestat parental o, si escau, a les persones titulars de la tutela que no hagin estat remogudes del càrrec.

L'article 114 regula la impugnació de la resolució que disposi, limiti o exclogui el règim de relació i visites o la desestimació per silenci, que permet en el termini de dos mesos, sempre que no s'hagi acordat l'acolliment preadoptiu.

El precepte no fa referència a les persones que estan legitimades per a formular la impugnació, a diferència del que es preveu per a la petició de cessament del desemparament. En principi, d'acord amb el que disposa l'article 17,2 del Projecte —*“les limitacions a la capacitat d'obrar de les persones infants i adolescents s'han d'interpretar sempre de forma restrictiva”*—, s'ha d'entendre que la resolució que disposi, limiti, o exclogui el règim de relació i visites, s'ha de notificar a l'adolescent i aquest pot manifestar la seva disconformitat a l'organisme competent que hagi assumit la tutela, de manera que aquest hagi de promoure el nomenament d'un defensor judicial.

En la **constitució de l'acolliment convivencial d'acció educativa i en la constitució d'acolliment en centre**, no es requereix el consentiment de l'adolescent, encara que es permet la impugnació d'aquestes mesures de protecció.

En la **constitució de l'acolliment familiar**, és necessari en la seva formalització el consentiment de l'adolescent (article 127). L'acolliment familiar cessa per voluntat de l'adolescent a més de per altres causes (article 128).

En la **constitució de l'acolliment preadoptiu**: és necessari el consentiment de l'adolescent (article 146). També cessa per voluntat de l'adolescent a més de per altres causes (article 148) i s'han d'escoltar els menors de 12 anys (article 146).

En el Projecte s'ha ampliat considerablement la capacitat dels menors en l'exercici dels seus drets, en l'àmbit propi de la protecció. Se'ls reconeix capacitat per a impugnar les resolucions de des-empament, les resolucions que adoptin les mesures de protecció i les que determinin el règim de visites, i es regula la forma com es pot exercir o formular la impugnació. La facultat d'impugnar, tot i considerar-la en un principi un pas endavant en el reconeixement de capacitat dels menors, pot suposar a la llarga un inconvenient i convertir-se en un instrument en contra dels propis interessos de l'adolescent que pot arribar a perjudicar-lo. S'ha de tenir en compte que els menors en situació de risc es troben en una situació de fragilitat important, i que són fàcilment manipulables. El reconeixement de la possibilitat d'impugnar les resolucions pot facilitar l'increment de situacions de pressió sobre els adolescents per part de la família biològica per tal que exercitin aquesta facultat, sense consciència clara ni coneixement de les conseqüències de la seva actuació, delegant en els adolescents una decisió que potser no els pertoca prendre, decidint sobre qüestions que no estan a l'abast de la seva comprensió. Per altra banda la duplicitat d'impugnacions, per part dels adolescents i per part dels pares, tutors o guardadors, a què porta el Projecte, por alentir els processos d'impugnació, en contra de l'interès de l'adolescent que exigeix que no hi hagi demora en la tramitació dels procediments judicials. L'ampliació de la capacitat en aquest àmbit pot produir per tant situacions contràries a les que es persegueixen en el Projecte i convertir-se en una eina pertorbadora de la protecció del menor, perjudicant-lo en lloc de garantir la seva estabilitat.

Es manté la necessitat de consentiment dels adolescents per a la constitució de l'acolliment preadoptiu.

S'introdueix com a novetat la necessitat de consentiment per a la constitució de l'acolliment familiar. No s'exigeix ara amb l'actual

legislació el consentiment de l'adolescent per a la constitució de l'acolliment simple.

Cal destacar de la nova regulació la creació de la figura del procurador de la infància. L'exposició de motius senyala que “a fi de donar plena efectivitat al dret de les persones infants i els adolescents tutelats per la generalitat de Catalunya a ser escoltats, en la línia del que disposa la Convenció dels Drets de l'Infant, la recomanació 1121 de l'Assemblea Parlamentària del Consell d'Europa, relativa als drets del nen o de la nena, i les resolucions A3-314/91 i A-3-0172/92 del Parlament Europeu, es crea la figura del procurador de la infància com a òrgan administratiu que s'integra en el propi òrgan públic competent en matèria de protecció de la infància i l'adolescència. Així doncs, amb l'entrada en vigor d'aquesta llei, qualsevol infant o adolescent tutelat per l'Administració, que consideri que s'ha impedit o dificultat el seu dret a manifestar les seves opinions, peticions o queixes davant l'organisme tutelar, podrà adreçar-se al procurador que podrà fer les recomanacions que consideri pertinents i, fins i tot, proposar el canvi o la modificació de la situació de la persona infant o adolescent o de la mesura de protecció, a més podrà efectuar recomanacions. El procurador o la procuradora té també la funció de maldar per la màxima coordinació entre tots els agents implicats en l'adopció de decisions que afectin la situació de les persones infants i adolescents, tot procurant la seva agilització i enteniment”.

El procurador depèn directament de la direcció de l'òrgan de la Generalitat de Catalunya competent en matèria de protecció de menors i té assignades les següents funcions:

- a) Centralitzar les sol·licituds i les queixes de persones infants i adolescents.
- b) Actuar com a òrgan de comunicació i coordinació entre l'organisme competent i el Síndic de Greuges.
- c) Efectuar recomanacions i proposar el canvi o la modifi-

cació de la situació de la persona infant o adolescent o de la mesura de protecció.

d) Dirigir les actuacions inspectores que es portin a terme en els serveis destinats a la infància i l'adolescència.

Es configura aquesta figura com un interlocutor entre la persona menor i l'entitat pública, i entre l'entitat pública i el Síndic de Greuges, amb facultats per a fer propostes de canvi de mesures i funcions d'inspecció dels serveis. No s'indica en quin moment o fase de la intervenció de l'Administració es designarà la persona del procurador, si podrà ser designada des del moment que es detecta una situació de risc que motivi la intervenció dels serveis socials o des de la intervenció dels serveis especialitzats, encara que no s'hagi declarat el desemparament, o des de la resolució que declari el desemparament. Tampoc s'indica la preparació que es requerirà per a ser procurador de la infància i l'adolescència.

La figura del procurador s'introdueix com a referent del menor en tot el procés de protecció, figura que por fer una important tasca de coordinació entre els diferents serveis que intervenen en tot el procés d'unificació de les diferents actuacions i de promoció en l'exercici dels drets reconeguts als menors.

IV. La persona menor en l'àmbit de la salut

1. Introducció

En l'àmbit sanitari, es parla del “menor madur”, entenent per aquest el menor que té prou capacitat intel·lectual i emocional per entendre l'abast de la intervenció mèdica.

La doctrina parteix de la premissa que els drets de la personalitat i d'altres drets civils s'exerceixen o poden ser exercitats per la persona des del mateix moment en què és capaç de gaudir-los.

La normativa que regula aquesta matèria és la Llei 21/2000, de 29 de desembre, sobre els drets d'informació concernent la salut i l'autonomia del pacient i la documentació clínica. En l'àmbit Estatal la “Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica”.

En la determinació de l'aptitud per a manifestar de forma vàlida la voluntat o consentiment per a la interrupció de l'embaràs, abans de l'entrada en vigor de la Llei d'autonomia del pacient i per tant abans de l'Avantprojecte que ha provocat tanta polèmica en la nostra societat, havia estat sostingut per algun autor la capacitat de les menors per a decidir sobre la continuació o no de la gestació, sempre que tinguin prou capacitat de coneixement per entendre l'acta o intervenció mèdica. (Interrupción del embarazo y consentimiento de la mujer. Juan Manuel Fernández del Toro. Manuales de Formación Continuada CGPJ. Serie Penas. Volumen 3/99).

Ha estat constatat també per algun autor que en la normativa vigent no es prevegi la intervenció judicial com succeeix en

matèria d'esterilització d'incapaços i s'afirma que els drets del menor o de l'incapaç impedeixen la interrupció de l'embaràs, contra la seva voluntat, encara que hagin donat el consentiment els seus representants legals (Información Asistencia médica: el consentimiento informado. Juan Carlos Benito Butron-Ochoa. Revista del Poder Judicial nº 77 primer trimestre-2005). S'han d'exceptuar els casos de necessària intervenció mèdica per raons d'urgència.

2. Marc Legal

Com s'ha dit abans, la Llei 21/2000, de 29 de desembre, sobre els drets d'informació concernent la salut i l'autonomia del pacient i la documentació clínica. En l'àmbit estatal la "Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica".

Com a antecedent de la Llei, tenim, entre d'altres instruments internacionals, el Conveni del Consell d'Europa per a la protecció dels drets humans i la dignitat de l'ésser humà respecte a les aplicacions de la biologia i la medicina (Conveni sobre els drets de l'home i la biomedicina), signat el 4-4-1997 (en vigor des de l'1 de gener de 2000). El conveni estableix, com es recull en l'exposició de motius de la Llei, *"un marc comú per a la protecció dels drets humans i la dignitat humana en l'aplicació de la biologia i la medicina"*. En la seva regulació preveu el dret de la informació, del consentiment informat i de la intimitat de la informació relativa a la salut de les persones.

L'article 3 de la Llei amb la rúbrica "El titular del dret a la informació assistencial" recull el dret d'informació i els destinataris d'aquest dret. "El titular del dret a la informació és el pacient.

S'ha d'informar les persones vinculades al pacient en la mesura que aquest ho permet expressament o tècnicament. En cas d'incapacitat del pacient, aquest ha d'ésser informat en funció del seu grau de comprensió, sens perjudici d'haver d'informar també qui en té la representació. Si el pacient, a criteri del metge responsable de l'assistència, no és competent per a entendre la informació, perquè es troba en un estat físic o psíquic que no li permet fer-se càrrec de la seva situació, se n'ha d'informar també els familiars o les persones que hi estan vinculades.”

L'article 6 amb la rúbrica “El consentiment informat” regula el consentiment “qualsevol intervenció en l'àmbit de la salut requereix que la persona afectada hi hagi donat el seu consentiment específic i lliure i n'hagi estat informada prèviament, d'acord amb el que estableix l'article 2. Aquest consentiment s'ha de fer per escrit en els casos d'intervencions quirúrgiques, procediments diagnòstics invasius i, en general, quan es duen a terme procediments que comporten riscos i inconvenients notoris i previsibles, susceptibles de repercutir en la salut del pacient. El document de consentiment ha d'ésser específic per a cada supòsit, sens perjudici que s'hi puguin adjuntar fulls i altres mitjans informatius de caràcter general. Aquest document ha de contenir informació suficient sobre el procediment de què es tracta i sobre els seus riscos. En qualsevol moment la persona afectada pot revocar lliurement el seu consentiment”.

L'article 7 determina les situacions d'atorgament del consentiment per substitució. L'apartat c) disposa que *“en el cas de menors, si aquests no són competents, ni intel·lectualment ni emocionalment, per a comprendre l'abast de la intervenció sobre la pròpia salut, el consentiment l'ha de donar el representant del menor, havent escoltat, en tot cas, la seva opinió si és major de dotze anys. En la resta de casos i **especialment en casos de menors emancipats i adolescents de més de setze anys, el menor ha de donar perso-***

nalment el seu consentiment. Això no obstant, en els supòsits legals d'interrupció voluntària de l'embaràs, d'assaigs clínics i de pràctica de tècniques de reproducció humana assistida, cal atè-nir-se al que estableix amb caràcter general la legislació civil sobre majoria d'edat, i, si escau, la normativa específica que hi sigui aplicable.

Dels anteriors preceptes se'n deriva la següent conclusió:

Per a la realització de qualsevol intervenció mèdica, a excepció de la interrupció de l'embaràs, assaigs clínics i pràctica de tècniques de reproducció humana assistida, ha de donar el seu consentiment “específic i lliure”:

- a) La persona major de 16 anys si no està incapacitada legalment. En cas d'incapacitat, ha de consentir el representant legal.
- b) La persona menor de 16 anys quan sigui competent, intel·lectualment i emocionalment, per a comprendre l'abast de la intervenció sobre la pròpia salut. Si no té aquesta competència ha de consentir el seu representant legal.

La valoració de la competència o capacitat de les persones menors és totalment mèdica i té com a única finalitat constatar si el grau de coneixement és adequat i suficient per tal d'atorgar el consentiment davant d'una actuació mèdica concreta.

3. Supòsits d'interrupció de l'embaràs

Partim de la premissa de supòsits que no estan penalitzats.

Amb la legislació vigent, només pot donar el consentiment per a la interrupció la dona major de 18 anys. Si no és major d'edat, el consentiment l'ha de donar el seu representat legal.

No es planteja cap problema, quan la interrupció està indicada pel metge dins dels supòsits legals i hi ha coincidència d'opinions o voluntats dels pares o representats de la menor i aquesta última.

En cas de discrepància, es poden distingir dos casos:

A) La menor decideix la interrupció de l'embaràs i els pares o representats legals s'oposen. Els metges no poden fer la intervenció mèdica, però la menor pot sol·licitar autorització judicial, previ nomenament d'un defensor judicial previst a la llei quan es produeix un conflicte d'interessos entre els pares i la filla (article 157 CdF) o entre el tutor o tutors i la menor (article 202 CdF). L'article 248 CdF preveu el nomenament del defensor d'ofici o a petició del Ministeri Fiscal, del tutor o de qualsevol persona legitimada per a comparèixer a judici.

En la pràctica ens hem trobat amb diversos casos:

a) L'entitat pública s'oposa a la interrupció i la menor demana autorització. La interlocutòria de l'Audiència Provincial de Madrid, sec. 80 de 1-4-2008, en el recurs 251/2007, va admetre la petició d'una menor formulada pel procediment de jurisdicció voluntària, en aplicació de l'article 158 CC que permet formular la petició a la menor, tot i que es va nomenar un defensor judicial per tal de completar la seva capacitat. Es tractava d'una menor tutelada per l'entitat pública competent en matèria de protecció de menors que denegava la interrupció de l'embaràs. La Resolució considera que la menor, major de 16 anys, *"tiene un alto nivel de madurez, según los especialistas en psiquiatría que la han examinado y valorando todas las circunstancias, al amparo de lo que dispone el artículo 158 CC y con la finalidad de evitar un perjuicio grave a la menor acuerda autorizar la interrupción"*.

b) És l'entitat pública la que demana autorització judicial per a la interrupció de l'embaràs. La menor de 15 anys hi està d'acord. La Interlocutòria de l'Audiència Provincial de Valladolid de 24-8-2005 (ROJ: AAPVA 633/2005) no valora la capacitat o coneixement de la menor per a conèixer l'abast de la seva decisió, sinó que entra a valorar si la continuació de la gestació suposarà un perjudici per a la menor. És a dir, entra a valorar si ens trobem davant d'un dels supòsits despenalitzats i si la interrupció està justificada per a la protecció de la menor. Entenc en principi que si no hi ha discrepància o disconformitat de voluntats entre la menor i l'entitat tutora, no es necessita l'autorització judicial, però també es podria entendre que la menor no té capacitat i que és necessària l'autorització judicial com s'exigeix en els casos d'esterilització. En qualsevol cas, haurien de ser els metges els que determinessin la capacitat intel·lectual i emocional de la menor per a comprendre l'abast de la intervenció i les conseqüències de la seva decisió.

B) La persona menor decideix seguir endavant amb l'embaràs i els pares o representats legals s'hi oposen i en demanen la interrupció. Aquest supòsit planteja més problemes. La interrupció de l'embaràs afecta directament i de forma molt íntima la vida i el cos de la menor, de manera que no sembla viable la intervenció amb el consentiment només dels pares i en contra la voluntat de la menor. En aquest cas és necessari el nomenament de defensor judicial i la intervenció del Jutge, per tal de valorar el grau de coneixement de la menor. Només en els casos en què hi hagi risc evident per a la vida de la menor, una incapacitat considerable produïda per alguna malaltia mental o altres circumstàncies especials que justifiquessin la interrupció, es podria actuar en contra de la seva voluntat. Resulta necessari l'establiment de mecanismes d'assessorament i de informació més enllà del que preveu la Llei per resoldre la situació.

Hi ha un cas de petició d'autorització d'interrupció per part del Ministeri Fiscal a instància dels pares davant l'oposició de la filla, major d'edat, suposadament incapaç. El Ministeri fiscal demana la incapacitat de la filla i fa petició de mesures cautelars, sol·licitant autorització judicial per a la interrupció de l'embaràs. La pacient té un diagnòstic de trastorn bipolar tipus 1 i trastorn de personalitat límit i l'embaràs l'impedeix prendre la medicació adient per a la seva malaltia, amb risc de agreujar-la considerablement. El Jutjat de Primera Instància núm. 7 de Còrdova en la interlocutòria de 30-3-2006 va entendre que la pacient podia gaudir de la capacitat mínima suficient per a emetre el consentiment vàlid i va denegar la petició.

4. Situació prelegislativa sobre aquesta matèria

a) Projecte de Llei dels drets i les oportunitats de la infància i l'adolescència.

*l'exposició de motius assenyala que “atenent als principis inspiradors d'aquesta Llei, segons els quals els infants i els adolescents són considerats subjectes de dret i en virtut dels quals el dret de decidir s'infereix de la seva capacitat, es pretén incidir en el dret subjectiu de les noies menors a decidir sobre la seva maternitat. Així es recull el mandat estatutari segons el qual, en l'article 41,5, “els poders públics, en l'àmbit de llurs competències, i en els supòsits que estableix la Llei, han de vetllar perquè la lliure decisió de la dona sigui determinant en tots els casos que en pugui afectar la dignitat, la integritat i el benestar físic i mental, en particular pel que fa al propi cos i a la seva salut reproductiva i sexual”. **Es vol d'aquesta manera, que les noies menors que hagin demostrat capacitat suficient s'apoderin també del dret a controlar els processos reproductius i a decidir el significat i el destí del seu propi cos. Les noies menors no són alienes als drets sexuals i reproductius de les dones, descrits en el marc de la IV***

Conferència Mundial sobre les Dones de Beijing i reconeguts com a part indissoluble dels Drets Humans”.

Sembla que es vulgui reconèixer validesa a les decisions de les noies menors que hagin demostrat capacitat suficient, sobre els processos reproductius, a decidir el significat i el destí del seu propi cos. És a dir, sembla que ha de ser suficient el consentiment de la menor madura per a la interrupció de l'embaràs, sense necessitat del consentiment dels seus representants legals. Però finalment la redacció del precepte que regula aquesta matèria és ambigua i confosa.

L'article 47, inclòs al capítol IV amb el títol de “Salut” disposa que ***“la noia té dret a decidir sobre la seva maternitat en relació al seu grau de maduresa”***. Una interpretació àmplia del precepte portaria a la conclusió que, si els metges entenen que la menor (tingui l'edat que tingui) té prou coneixement per a comprendre l'abast de la intervenció i les conseqüències de la interrupció, no es requereix el consentiment dels pares o representants legals. La indeterminació del precepte genera molts problemes d'interpretació de no fixar una edat límit de presumpció de maduresa i produeix molta inseguretat jurídica, en contra de la indicació del Tribunal Europeu de Drets Humans, que en sentència de 20 de març de 2007 afirma que s'ha d'assegurar la posició jurídica de la dona embarassada. Si el legislador no vol modificar, en matèria de capacitat per a decidir sobre la interrupció de l'embaràs, la Llei d'Autonomia del Pacient, que es remet en aquesta matèria a la majoria d'edat, no caldria que hagués dit res. Si ha dit alguna cosa, tant en l'exposició de motius com en l'articulat del Projecte, és perquè la seva intenció és modificar la Llei i reconèixer capacitat a les noies menors de 18 anys, però la indeterminació de l'edat a partir de la qual es considera que la noia té capacitat per a decidir sobre aquesta matèria, condueix a dues possibilitats: la primera seria equiparar la interrupció de l'embaràs a les altres intervencions mèdiques en què la Llei d'autonomia del pacient permet adoptar la decisió a partir del 16 anys i la segona

seria considerar que es fa un pas més i que s'ha de valorar en cada cas la maduresa de la noia, intel·lectual i emocional, valoració que, com s'ha dit, faria l'equip mèdic. Si tenim en compte la polèmica que ha generat l'Avantprojecte de la Llei estatal que fixa l'edat per a decidir sobre la interrupció de l'embaràs als 16 anys i la inexistència de polèmica de la redacció de l'Avantprojecte de la Llei catalana, la conclusió que es pot treure és que o bé ha passat totalment desapercibuda la proposta, o bé es considera, donada l'ambigüitat de la redacció, que no introdueix cap modificació de la Llei d'autonomia del pacient.

b) Anteproyecto de Ley Orgánica de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo

Aquesta Llei en principi no es pot considerar aplicable a Catalunya, que té una llei pròpia reguladora d'aquesta matèria. A l'exposició de motius de la llei es considera la sexualitat i la capacitat reproductiva com a manifestacions consubstancials a la naturalesa humana i canals d'expressió i afirmació de la mateixa persona. Es vincula el desenvolupament de la sexualitat i de la capacitat de procreació a la dignitat de la persona i el lliure desenvolupament de la personalitat i es configura la decisió de tenir fills com una tasca de les més íntimes i personals que les persones afronten en la seva vida i que integra un àmbit essencial de l'autodeterminació individual, tot indicant que els poders públics no poden interferir en aquests tipus de decisions, però estan obligats a establir les condicions adients perquè la decisió sigui lliure i responsable, facilitant assessorament i informació. Es fa referència a diversos textos internacionals, la Convenció sobre l'eliminació de totes les formes de discriminació contra la dona, adoptada per l'Assemblea General per Resolució 34/180, de 18 de desembre de 1979; la Plataforma d'Acció de Beijing, acordada per 189 països en la IV Conferència Mundial sobre la Dona celebrada el 1995, que ha reconegut que els drets humans de les dones inclouen el dret a

tenir el control i a decidir lliurement i responsable sobre la seva sexualitat, inclosa la salut sexual i reproductiva, lliure de pressions, discriminacions i violència; en l'àmbit de la Unió Europea, el Parlament Europeu ha aprovat la Resolució 2001/2128(INI), sobre salut sexual i reproductiva, i els drets en aquesta matèria; la Convenció sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat de 13 de desembre de 2006; la Resolució 1607/2008, de 16 d'abril, l'Assemblea Parlamentària del Consell d'Europa ha declarat el dret de tota persona, i especialment de les dones, del respecte de la seva integritat física i de la lliure disposició del seu cos i que la decisió última d'avortar correspongui a la dona interessada i, en conseqüència, ha convidat els Estats membres a despenalitzar l'avortament en uns terminis de gestació raonables.

L'Avantprojecte de la llei estatal en la disposició final segona modifica l'article 9, apartat 4 de la Ley 41/2002, de Autonomia del Paciente, i només recull com a excepció a la regla general de reconèixer capacitat per a decidir sobre la realització d'intervencions mèdiques als majors de 16 anys, els assajos clínics i les tècniques de reproducció assistida, i suprimeix l'altra excepció fins ara inclosa, que era la interrupció de l'embaràs.

L'Avantprojecte ofereix un marc general de política sanitària, que es fonamenta en el suport, la informació, l'assessorament i la transparència de tot el procés, a les dones que es troben davant de situacions certament complicades i angoixants, en què han de prendre una decisió que no es gens fàcil i que requereix d'un acompanyament en l'àmbit mèdic, però també psicològic i emocional. Es tracta d'aquesta manera de facilitar i d'assegurar que la decisió final es pren després d'una adequada informació i en un entorn segur, per tal d'evitar avortaments realitzats sense les condicions sanitàries adequades i sense el necessari suport emocional. Des d'aquest punt de vista, s'ha de pensar que la noia major de 16 anys que prengui la decisió ho ha de fer en condicions òptimes de coneixement de les

conseqüències de la seva decisió final, i s'ha de garantir, a més, que en cas que l'equip mèdic detecti carències de maduresa o de capacitat —malalties o deficiències mentals— es puguin adoptar les mesures que aquest consideri adients. El reconeixement de capacitat a la noia major de 16 anys per prendre una decisió sobre una matèria que està directament lligada a la seva dignitat i a la seva personalitat amb garanties i amb el degut assessorament, s'ha de qualificar com un pas endavant en el reconeixement i efectivitat dels drets dels menors. S'ha de valorar la reforma o modificació introduïda dins del context de tota la llei. No es tracta d'una reforma aïllada, sinó d'una reforma dins d'una llei que estableix instruments d'informació i d'assessorament adequats. Si considerem que els menors d'edat van assolint facultats i capacitats per a decidir sobre determinades qüestions i, com hem vist, poden intervenir en determinats àmbits de l'esfera personal i jurídica, no ens hauria de sorprendre aquesta reforma.

Potser el que provoca més rebuig no és tant que la decisió final sigui presa per la noia major de 16 anys, sinó que s'elimini qualsevol participació en el procés informatiu i de formació de l'opinió, de la mare i el pare o la persona que tingui la tutela. Ens trobem davant d'un conflicte entre el deure de confidencialitat de la història i documentació mèdica i els deures dels pares en l'exercici de la potestat. Els pares tenen el deure legal d'exercir la potestat fins als 18 anys. La potestat, entesa com una funció que s'ha d'exercir en benefici i interès dels menors, comprèn tota una sèrie de deures, com el de formar, educar, informar i ajudar en definitiva a créixer. Privar els pares del coneixement de la situació d'embaràs de la seva filla i de qualsevol participació en el procés de la seva decisió respecte al seu embaràs, buida de contingut el deure legal i també moral d'exercir de forma adequada la seva potestat. No es tractaria tant d'atorgar la capacitat de decidir dels pares, sinó de permetre que compleixin un deure o funció que els atorga la llei. Serà el legislador òbviament el que decidirà com s'ha de resoldre finalment aquest conflicte.

COMPETÈNCIES LOCALS I PROTECCIÓ D'INFANTS I ADOLESCENTS¹⁰

Joan Manel Abril Campoy

Director de Serveis Jurídics de l'Ajuntament de Barcelona

Sumari:

I. L'evolució normativa i el projecte de Llei dels drets i les oportunitats de la infància i l'adolescència. II. Actuacions proposades en el projecte. 1) Delimitació de les actuacions: prevenció, atenció i protecció. 2) Marc de coordinació i cooperació interadministratiu. III. Les situacions de risc i els indicadors d'aquestes: imperativitat de la intervenció i adopció de mesures d'atenció social i educativa.

10. El present article recull, de forma més sistematitzada i amb una major extensió, la ponència que, en data 18 de juny de 2009, vaig tenir ocasió d'impartir en les jornades sobre "Els drets de la infància en risc a Barcelona", organitzades per l'Il·lustre Col·legi d'Advocats de Barcelona i per la Sindicatura de Greuges de Barcelona.

I. L'evolució normativa i el projecte de llei dels drets i les oportunitats de la infància i l'adolescència

L'adequada comprensió de la gènesi del Projecte de Llei dels drets i les oportunitats de la infància i l'adolescència, així com el fet de poder ressenyar els seus trets definitoris, requereix la seva conceptualització tant diacrònica com sincrònica en el marc del marasme legislatiu que s'ha produït en aquesta matèria des de la Llei 11/1985, de 13 de juny, de protecció de menors, fins a l'actual Projecte. Són molts els instruments legislatius que s'han emprat per a abordar una matèria extremadament sensible i en la qual l'equilibri entre la intervenció pública, els drets dels progenitors i l'autonomia del menor en funció de la seva maduresa és delicat (cfr. art. 17 Estatut d'Autonomia de Catalunya). No es tracta aquí d'examinar amb detall aquesta evolució normativa, atès que excediria amb molt de l'objecte del present article, sinó solament d'assenyalar aquelles fites que han estat rescatades pel present projecte i de poder superar una discussió que s'ha vingut generant al llarg de les diferents intervencions legislatives: el caire civil o administratiu de la normativa sobre protecció de menors.

El present projecte de llei està cridat a construir un espai complet en matèria de protecció de la infància i l'adolescència, junt amb el futur llibre segon del Codi Civil de Catalunya. No s'equivoca l'operador si conclou que ambdós expedients legislatius abastaren amb completesa i des de l'òptica tant civil com administrativa la matèria objecte de la seva regulació.

La primera norma de protecció de menors a l'Estat espanyol fou la Llei catalana 11/1985, de 13 de juny. Constituïa una llei que abraçava extrems de contingut clarament públics, com són la prevenció i el tractament de la delinqüència infantil i juvenil, com privats,¹¹ la protecció dels menors que es trobaven en situacions

de desemparament. Aquesta dimensió bífrente de la normativa fou abandonada, en nom de l'eliminació de certes confusions¹² i la regulació civil de la protecció de menors, junt amb l'adopció, es contingué a la Llei 37/1991, de 30 de desembre. En canvi, pel que fa a la responsabilitat penal dels menors infractors i a les funcions d'execució d'aquestes mesures per l'Administració de la Generalitat, es va preveure a la Llei 27/2001, de 31 de desembre, de justícia juvenil i que va tenir el seu antecedent necessari en la Llei Orgànica 5/2000, de 12 de gener, de responsabilitat penal del menor.

La normativa civil fou objecte de diferents reformes, en nom d'adequar la intensitat de les mesures de protecció a adoptar en consonància amb la constant evolució social esdevinguda en els darrers 30 anys. Així, la Llei 37/1991 fou reformada en part pel la Llei 8/1995, de 27 de juliol, el 30 de desembre de 1991 es promulga la Llei 39/1991, de 30 de desembre, de la tutela i institucions tutelars, i el 15 de juliol de 1998, la Llei 9/1998, del Codi de Família. El Codi de Família de 1998 va significar un estadi de maduresa en l'evolució ressenyada, tota vegada que va incorporar en el seu articulat la vessant civil de la protecció de menors abans objecte de normes especials. Amb aquesta mateixa línia d'idees, el futur Llibre segon del Codi Civil de Catalunya pretén oferir una regulació caracteritzada per la completesa des del punt de vista civil de la protecció de menors.

La regulació de caire administratiu continua després de l'abandonament d'una norma que intenti contenir tant la normació jurídicopública com privada (cfr, la Llei 11/1985) amb la Llei 8/1995, de

11. Sens perjudici de recordar que per qui participa de l'opinió del cèlebre jurista italià A. CICU, el dret de família i el de la persona participarien més de les notes pròpies del dret públic, fonamentalment el caràcter de ius cogens de les seves normes i la cerca de la protecció d'interessos generals, que del dret privat.

12. L'Exposició de Motius del Projecte de Llei evidencia que el tracte conjunt va esdevenir confús per l'operador jurídic: "A la pràctica, però, la integració en una mateixa llei de problemàtiques tan diverses va generar una certa confusió..."

27 de juliol, d'atenció i protecció dels infants i els adolescents. Aquesta norma dissenyava un règim català d'assistència de la infància i l'adolescència, però el fet que la protecció dels menors desemparats se situés en una altra norma impedia l'assoliment d'una resposta àgil i unitària. Consegüentment, el present Projecte de Llei comprèn les dues regulacions consistents en, per una banda, la referida a la infància i l'adolescència en general i, per l'altra, la protecció dels infants i adolescents quan s'han generat situacions de risc o de desemparament, de manera que s'escau l'adopció de mesures necessàries d'intervenció. Des d'aquesta òptica d'actuació, cal també ressenyar que el present Projecte s'acomoda amb el que disposa la Llei 12/2007, de serveis socials.

Examinada breument l'evolució normativa, correspon ara efectuar algunes consideracions en relació a quins són els trets definidors que travessen la regulació del present Projecte de Llei, de manera que quan després s'avanci en l'estudi de les actuacions i la seva delimitació o en les mesures d'intervenció a adoptar, es pugui observar com a aquests principis se'ls dona forma i contingut amb la concreta regulació adoptada.

Els trets definitoris del projecte es poden concretar en els tres següents. En primer terme, com no podia ésser d'una altra forma, el Projecte, en el seu article 5, evidencia que l'interès superior de la persona infant i adolescent ha d'ésser el principi inspirador i fonamentador de les actuacions públiques i que aquest principi de l'interès superior de l'infant o adolescent no solament ha d'inspirar totes les decisions i actuacions que duen a terme els progenitors sinó també l'avaluació que s'ha d'efectuar de totes les normes i polítiques públiques que incideixen en els infants i adolescents. Així, el Projecte de Llei, d'acord amb allò que es proclama al Conveni de Nacions Unides de 1989, sobre els drets de l'infant, amb la Llei orgànica 1/1996, de 15 de gener, de protecció jurídica del menor, i amb l'article 40.3 de l'Estatut d'Autonomia de Cata-

lunya, acull l'interès superior del menor com a criteri prioritari i preferent en l'adopció de les decisions, tant públiques com privades, que es puguin generar en l'àmbit de l'infant o adolescent.

L'arran d'aquest tret definidor esdevé oportú realitzar les següents consideracions:

Una, que resulta convenient un reconeixement de la capacitat d'actuació dels menors, no només limitat al dret de decidir de les noies menors (cfr. Art. 41.5 Estatut d'Autonomia de Catalunya), i superar, d'aquesta forma, una determinada concepció maniquea, en virtut de la qual, fins a la majoria d'edat, els menors no gaudeixen de capacitat d'actuar, quan el desenvolupament diari evidencia que els menors, i entre ells, i sobretot, els grans adolescents, porten a terme actuacions que pressuposen aquesta capacitat d'actuació. Les diferents normes civils que es van anar promulgant des dels anys 1990 ho van posar de manifest (cfr. Llei de 15-10-1990, de modificació del Codi civil, en matèria de veïnatge civil, Llei 17-12-1990, de modificació del Codi Civil, en matèria de nacionalitat, Llei orgànica 1/1996, de 15 de gener, de protecció jurídica del menor) i van reconèixer la capacitat d'actuació dels menors (en el mateix sentit, però en l'àmbit penal, la Llei orgànica 5/2000, de 12 de gener, de responsabilitat penal del menor). Per tant, es tracta de ser conseqüents i possibilitar una gradació de la capacitat d'actuació en funció de la maduresa del menor, encara que aquesta es determini en atenció a fites temporals que la poden presumir (12, 14 o 16 anys). Però, la reflexió ha de ser encara més profunda. La normativa evoluciona i atorga un major grau de protecció de l'infant i de l'adolescent, li reconeix drets subjectius i dissenya diferents estadis que exigeixen l'actuació de l'Administració: situacions de risc i de desemparament. Nogensmenys, en l'àmbit de la responsabilitat civil, sobretot de la responsabilitat extracontractual, al marge de l'avenç que va significar la responsabilitat civil solidària de progenitors i menors derivada de la rea-

lització d'una actuació o omissió reproable penalment pel menor, encara la normativa civil (cfr. Art. 1903 CC) precisa d'una adaptació a la realitat social en què les normes han d'incidir. No resulta adequat ni comprensible que, si es reconeix la capacitat d'actuació per a desenvolupar actuacions que generen risc (cfr. Conducció de motocicletes, realització d'activitats esportives de risc, etc...), es faci, en tot cas, i de manera objectiva, responsables als progenitors dels danys que ocasioni la conducta del menor. És hora ja que també en l'àmbit dels deures i de la responsabilitat, la normativa s'ajusti a les exigències socials.

Coneixem que des de l'anàlisi econòmica del dret, és més fàcil sacrificar econòmicament els pares del menor que no la víctima del dany, però si aquests menors gaudeixen de capacitat reconeguda per la normativa, s'haurà de delimitar un règim de responsabilitat més adient amb aquesta. Seguir ancorats en les solucions decimonòniques comporta desconèixer l'evolució social i jurídica produïdes i tractar, de forma diferenciada i sense fonamentació, l'àmbit de les titularitats actives (drets subjectius) enfront de les passives, deure i responsabilitat.

I dues, l'interès superior del menor ha de ser el principi que travessi tota la regulació i estigui present en qualsevol decisió i/o intervenció que pugui afectar el menor. Nogensmenys, l'aplicació pràctica del dret en l'àmbit forense posa en relleu que, en moltes ocasions, es confon interès superior del menor amb voluntat del menor. Es tracta d'aconseguir el que sigui millor i més adient per a permetre el desenvolupament integral del menor, des de totes les seves perspectives, encara que això comporti contradir la seva voluntat. I, des d'aquesta òrbita d'idees, cal també efectuar una crida d'atenció entre la diferenciació que cal establir entre l'audiència del menor i l'exploració del menor. A la praxis, moltes peticions d'audiència són tractades pels professionals com a exploracions dels menors, quan els legítims per a sol·licitar una

actuació o una altra són diferents i, sobretot, perquè l'exploració esdevé una prova que es practica sobre el mateix menor, mentre que l'audiència constitueix un dret que li permet al menor, en qualsevol procediment, sol·licitar ésser escoltat en allò que l'afecti, i pot comunicar amb l'autoritat fins i tot a través d'una persona diferent del mateix menor (art. 7 Projecte). La consecució real que l'interès del menor sigui prioritari i principi rector de totes aquelles decisions que l'afectin requereix, sense dubte, que aquestes disfuncions siguin corregides.

En segon terme, el Projecte de llei es caracteritza per reconèixer, en nom de l'avenç en matèria de capacitat, drets i oportunitats als infants i adolescents. Així, el títol del mateix Projecte empra el mot "oportunitats" i l'exposició de motius de la norma defineix i exemplifica què s'ha d'entendre per "oportunitat".¹³ Aleshores, es pot concloure que, no solament pel contingut del títol del Projecte, sinó també pel seu articulat, i especialment per l'article 1 que, com a pòrtic de la norma, precisa el seu objecte, un dels trets definidors és el caràcter proactiu, i no merament reactiu, que s'imprimeix a l'actuació de l'Administració en matèria de protecció dels infants i adolescents i, que, com tot seguit es veurà, assoleix un paper rellevant en la determinació, junt amb les situacions de desempament, de les situacions de risc, en els quals el paper i l'actuació de les Administracions locals esdevé rellevant.

En tercer i darrer terme, un dels trets definidors que abandera aquest Projecte és la diferenciació entre les actuacions de prevenció, atenció i protecció. Aquestes actuacions, fonamentalment les de prevenció i atenció, posen l'èmfasi en allò que ja

¹³ "Quan parlem d'oportunitats, parlem d'aquells nous camins que s'ha d'obrir i que han de permetre els infants i joves el seu ple desenvolupament com a ciutadans i ciutadanes. Així, aquestes oportunitats s'han de traduir, entre d'altres, en l'establiment de canals i instruments per fer sentir la veu dels infants i joves, per fer expressa la seva participació en la presa de decisions en l'àmbit de la comunitat i, en definitiva, per facilitar el seu futur encaix, com a persones responsables, en la societat adulta".

haviem advertit: el caire proactiu de la present norma. No es tracta de reaccionar quant l'infant o l'adolescent es troba sotmès ja a una situació de desemparament i en la qual es troba clarament en perill el seu desenvolupament integral com a persona, sinó que s'han d'adoptar aquelles actuacions per evitar arribar a aquest estadi. Però, encara hi ha més. La norma resulta proactiva quant a les situacions d'atenció i prevenció i ho fa tenint en compte el benestar, des de les seves diferents vessants: el benestar personal enfront del social i subdividint aquelles dues vessants en altres dues: benestar material i psicològic. Afegeix també que les situacions de risc, o d'atenció, requereixen de l'existència d'una tasca de coordinació entre les diferents administracions, de manera que es preveu, com a novetat legal, la creació d'un marc de coordinació i cooperació institucional per a l'atenció de les situacions de risc.

II. Actuacions proposades en el projecte

1. Delimitació de les actuacions: prevenció, atenció i protecció

En consonància amb els trets definidors del Projecte de Llei dels drets i oportunitats de la infància i l'adolescència, i sens perjudici de clares actuacions que poden emmarcar-se dins l'activitat de foment de l'Administració, com és el cas de les actuacions socials de promoció, adreçades a l'assoliment d'objectius socials o a la consecució d'aspiracions col·lectives, s'escau examinar aquelles actuacions que es proposen en el Projecte, i que incideixen clarament en un compliment necessari per part de les administracions Públiques d'aquestes, encara que amb un abast i unes conseqüències clarament disímils. En aquest sentit, el Projecte de Llei ha tractat de definir i diferenciar el que són tres tipus d'actuacions: prevenció, atenció i protecció, i ha incorporat com a novetat la diferenciació clara entre les situacions de risc i les situacions de desemparament. Així, com es veurà, el Títol Cinquè preveu dos títols que legitimen l'Administració pública per a intervenir. Per una banda, la Generalitat de Catalunya actua en situacions de desemparament, mitjançant l'extracció o separació de l'infant o adolescent del seu nucli familiar. I, per l'altra, quan es detecti una situació de risc, d'acord amb els indicadors que després examinarem, s'habilita els ens locals per a actuar amb els serveis socials amb la determinació de mesures orientades a l'eradicació de la situació de risc.

El Projecte de Llei defineix les situacions de prevenció, atenció i protecció, encara que, com es reconeix en la seva exposició de motius, les conceptuacions no empen criteris estrictament jurídics. Malgrat això, si es comparen les definicions de L'exposició de Motius amb l'articulat, es pot obtenir una clara tripartició que

permet conèixer l'àmbit de cada actuació i els legitimats per a portar-les a terme, així com les exigències o pressupòsits que requereix cadascuna d'elles.

Des d'aquesta línia d'idees, existeixen tres tipus d'actuacions:

Prevenció.- S'entén per prevenció, totes aquelles actuacions adreçades a disminuir les probabilitats genèriques que incideixen negativament en la població infantil o adolescent, i a fi de potenciar actuacions que garanteixin un augment del benestar social de tota la població. I en aquest sentit, l'article 74, titulat prevenció general, commina les Administracions públiques a desenvolupar les actuacions que siguin necessàries per a impedir que els infants i adolescents es trobin en situacions perjudicials per al seu desenvolupament integral o per al seu benestar. Així, en especial, s'enumeren:

- a) Qualsevol forma de maltractament o càstig físic.
- b) Qualsevol forma de maltractament psicològic, tracte indigne o càstig denigrant.
- c) La inducció o coacció a participar en qualsevol activitat sexual il·legal.
- d) L'explotació en la prostitució o en altres pràctiques sexuals o en la seva utilització en espectacles o en material pornogràfic.
- e) La participació en qualsevol tasca que pugui ésser perillosa, perjudicar-ne la salut o entorpir-ne l'educació, la formació o el desenvolupament integral.
- f) Qualsevol forma de negligència en l'atenció física, sanitària o educativa.
- g) La captació i integració en sectes destructives.
- h) El consum de drogues.
- i) Les condicions de treball perilloses i en especial aquelles recollides a la normativa específica de prevenció de riscos laborals i de protecció del treball de les persones infants i adolescents.

I afegix el mateix precepte, en nom de promoure el real desenvolupament integral de l'afectat i en consideració a l'exigència de proactivitat en l'actuació administrativa, que les administracions públiques (art. 74.2) han de prevenir que aquelles persones que pateixin o hagin patit qualsevol de les problemàtiques relacionades abans es trobin en desavantatge social pel fet que les seves carències no hagin estat adequadament ateses i compensades.

Atenció.- Es conceptua com el seguit d'actuacions socials per “quan les coses comencen a anar malament” o només quan van “una mica malament” i existeix la probabilitat, i no la certesa, que el desenvolupament integral de la persona infant o adolescent pot resultar-ne negativament afectat; i n'és la conseqüència jurídica la situació de risc. L'article 97 imposa a les administracions locals l'obligació d'intervenir quan es detecta una situació de risc d'una persona infant o adolescent i adoptar aquelles mesures adients per actuar contra aquesta situació.

Sens perjudici d'analitzar amb detall en l'epígraf III les situacions de risc, els seus indicadors i les mesures que s'escau adoptar, esdevé oportú posar ara de manifest que les situacions de risc no requereixen d'una declaració formal de la situació de risc, a diferència del que succeeix amb la situació de desemparament, que no comporten en cap cas la separació de l'infant o adolescent del seu nucli familiar i que les mesures a adoptar s'acomoden amb el nivell d'atenció bàsica que, en seu de serveis socials, les administracions locals es troben obligades a prestar (cfr. Llei 12/2007, de 11 d'octubre, de serveis socials).

Protecció.- Les mesures de protecció constitueixen aquelles actuacions socials reservades per a “quan les coses van malament”, quan el desenvolupament integral de la persona infant o adolescent sembla clar que resulta seriosament afectat a la llum dels coneixements científics actuals.

L'article 96 determina que l'Administració de la Generalitat, per mitjà del departament que tingui atribuïda aquesta competència, exerceix la protecció sobre les persones infants i adolescents desemparades. El desemparament requereix una declaració que comporta la separació de l'infant o adolescent del nucli familiar, atès que es constata que manquen elements bàsic per a l'obtenció del desenvolupament integral del mateix (art. 103). En aquest sentit, es preveu un procediment administratiu per a acordar la declaració de desemparament i un procediment simplificat, quan es tracta d'un abandonament voluntari o existeix conformitat amb la declaració (cfr. arts. 104 i 105). La declaració de desemparament, sense necessitat de reclamació prèvia per via administrativa, esdevé impugnoble en la jurisdicció civil en el termini de tres mesos des de la notificació de la resolució (art. 111).

2. Marc de coordinació i cooperació interadministratiu

El capítol III del títol I del Projecte de Llei porta per títol “Planificació i coordinació” i ja s'adverteix en l'exposició de motius que, per primera vegada, la llei preveu un marc de coordinació i cooperació interinstitucional per atendre les situacions de risc social. Sens perjudici que caldrà veure al llarg dels propers anys com s'implementa aquest marc de coordinació, convé posar en relleu les següents consideracions.

En primer terme, l'article 22 del projecte (coordinació) estableix que la Generalitat de Catalunya ha de:

- Promoure programes generals d'actuació per a cada un dels diferents tipus de serveis especialitzats en infància i adolescència i, d'aquesta forma, garantir l'homogeneïtat de criteris entre ells.
- Coordinar, mitjançant directrius i procediments generals d'actuació, els serveis especialitzats d'atenció a la infància

i adolescència que gestionen els ens locals per delegació.

- Promoure l'establiment de protocols entre les diferents administracions, departaments o serveis per a actuar coordinadament en l'àmbit de la salut i l'educació.
- Desenvolupar un pla d'atenció integral per a la cura de les persones amb problemes de salut mental que determini el model per a l'atenció integral en salut mental de la població infantil i adolescent vulnerable.

L'article 24 estableix que les administracions públiques han d'actuar de forma coordinada, especialment en aquesta matèria, a facilitar-se informació, a tramitar els procediments administratius amb caràcter d'urgència i a la formació i qualificació específica dels seus professionals.

Malgrat el que s'acaba d'exposar no es pot oblidar que l'article 84.2.m de l'Estatut atribueix competències pròpies als governs locals, en els termes que determinin les lleis, en la regulació i prestació dels serveis socials públics d'assistència primària i en el foment de les polítiques d'acolliment dels immigrants. Segons l'article 84.1 de l'Estatut aquestes competències dels ens locals han d'ésser exercides amb plena autonomia i subjectes només al control de constitucionalitat i legalitat. En aquest sentit, la Llei 12/2007, d'11 d'octubre, de serveis socials, defineix aquests com el conjunt d'intervencions que tenen com a objectiu garantir les necessitats bàsiques dels ciutadans, posant atenció en el manteniment de llur autonomia personal i promovent el desenvolupament de les capacitats personals, en un marc de respecte per a la dignitat de les persones.

Així, la Llei 12/2007 atribueix als municipis, en el seu article 31, competències en matèria de serveis socials¹⁴ i dibuixa dos nivells d'atenció social: bàsica i especialitzada. Com s'ha vist, dins de les tasques de coordinació (art. 22 projecte de llei) s'inclou la fixació

de directrius i procediments generals d'actuació en serveis especialitzats d'atenció a la infància i adolescència que gestionen els ens locals per delegació, mitjançant reglament, però això no pot preterir el fet que la competència local en l'àmbit dels serveis socials bàsics esdevé rellevant, d'acord amb allò que es conté a l'article 31 de la Llei 12/2007, de manera que quan el nivell d'atenció bàsica, entenent per aquesta el dispositiu d'informació, diagnòstic, orientació, suport, intervenció i assessorament individual i comunitari i també les prestacions d'atenció domiciliària, teleassistencials, ajudes tècniques, serveis diürns i serveis residencials, així com les potestatives proteccions econòmiques, incideixi en matèria d'infants i adolescents, es tracta d'una competència de l'ens local, solament subjecta al control de constitucionalitat i legalitat; çò que pot interferir en una coordinació imposada via reglamentària per l'Administració de la Generalitat, havent de deixar l'àmbit d'aquesta solament (ex art. 22.2 Projecte) per l'atenció social especialitzada.

14. Art. 31.1. Corresponen als municipis les competències següents:

- a) Estudiar i detectar les necessitats socials en llur àmbit territorial.
- b) Crear i gestionar els serveis socials necessaris, tant propis com delegats per altres administracions, d'acord amb la Cartera de serveis socials i el pla estratègic corresponent.
- c) Elaborar plans d'actuació local en matèria de serveis socials i participar, si escau, en el pla d'actuació de l'àrea bàsica corresponent.
- d) Establir els centres i els serveis corresponents a l'àmbit propi dels serveis socials bàsics
- e) Complir les funcions pròpies dels serveis socials bàsics.
- f) Promoure la creació dels centres i els serveis corresponents a l'àmbit propi dels serveis socials especialitzats i gestionar-los, en coordinació amb l'Administració de la Generalitat i l'ens local supramunicipal corresponent, d'acord amb la Cartera de serveis socials i el pla estratègic corresponent.
- g) Col·laborar amb l'Administració de la Generalitat en l'exercici de les funcions d'inspecció i control en matèria de serveis socials.
- h) Exercir les funcions que li delegui l'Administració de la Generalitat.
- i) Participar en l'elaboració dels plans i els programes de la Generalitat en matèria de serveis socials.
- j) Coordinar els serveis socials locals, els equips professionals locals dels altres sistemes de benestar social, les entitats associatives o les que actuen en l'àmbit dels serveis socials locals.
- k) Les que els atribueixen les lleis.

III. Les situacions de risc i els indicadors d'aquestes: imperativitat de la intervenció i adopció de mesures d'atenció social i educativa

El Projecte de Llei adopta un sistema de protecció nou i divers al que, anteriorment, existia. A partir de la seva vigència (cfr. arts. 97 a 103) l'actuació protectora de les administracions públiques es produirà en dos supòsits diferents: un, el fins ara conegut, consistent en la constatació i declaració d'una situació de desemparament, que habilita els poders públics per a l'adopció de mesures protectores, i, l'altre, la intervenció en situacions de risc. A diferència del desemparament, que requereix una declaració formal i que significa necessàriament l'extracció de l'infant o adolescent del seu nucli familiar, la detecció d'una situació de risc suposarà la intervenció de l'Administració, amb el manteniment del menor en el seu nucli familiar. A més, i esdevé rellevant posar-ho ara de manifest, enfront de les situacions de desemparament, en què la competència està atribuïda a la Generalitat de Catalunya, l'habilitació per a actuar en situacions de risc correspon a les entitats locals.¹⁵

La definició de la situació de risc es preveu a l'article 100 i es conceptua com qualsevol limitació o perjudici al desenvolupament i benestar de l'infant o adolescent per circumstàncies personals, socials o familiar i que no s'escaigui per assolir la protecció efectiva, la separació del nucli familiar. Així mateix, el Projecte de Llei no es limita a subministrar una definició de la situació de risc, la

15. L'article 96 disposa: "Competència en matèria de desemparament. L'administració de la Generalitat de Catalunya, per mitjà del departament que tingui atribuïda aquesta competència, exerceix la protecció sobre les persones infants i adolescents desemparades", mentre que l'article següent ensenya que "Competència en matèria de risc. L'Administració local ha d'intervenir quan detecti una situació de risc d'una persona infant o adolescent que es trobi en el seu territori, adoptant les mesures adients per actuar contra aquesta situació, de conformitat amb la regulació establerta en aquesta llei, la normativa de la Generalitat de Catalunya que la desenvolupi i la legislació en matèria de serveis socials".

qual mai finalitzarà amb una resolució judicial, sinó sempre de forma convencional, sinó que, en nom de possibilitar la detecció d'aquesta i a ésser proactiu, determina un seguit d'indicadors de les possibles situacions de risc. En efecte, el mateix article 100, apartat segon, encara que amb un llistat de numerus apertus (cfr. l'apartat i) indica que també és situació de risc "Qualsevol altra circumstància que, de persistir, pugués evolucionar i derivar en el desemparament de la persona infant o l'adolescent"), assenyala quines són aquelles situacions que, pel legislador, han de ser enteses com a determinants d'un supòsit de risc:

- La manca d'atenció física o psíquica de la persona infant o adolescent per part dels seus progenitors, dels titulars de la tutela o de la guarda, que suposi un perjudici lleu per a la seva salut física o emocional.
- La dificultat greu per dispensar l'atenció física o psíquica adequada a la persona infant o adolescent per part dels progenitors, o dels titulars de la tutela o de la guarda.
- La utilització per part d'aquestes mateixes persones, del càstig físic o emocional sobre la persona infant o l'adolescent, que, sense constituir un episodi sever o patró crònic de violència, perjudiqui el seu desenvolupament.
- Les mancances de tot tipus que, no podent ser adequadament compensades en l'àmbit familiar, ni impulsades des d'aquest mateix pel seu tractament mitjançant els serveis i recursos normalitzats, puguin produir la marginació, inadaptació o el desemparament de la persona infant o l'adolescent.
- La manca d'escolarització en edat obligatòria, l'absentisme i l'abandó escolar.
- El conflicte obert i crònic entre els progenitors, separats o no, quan anteposen les seves necessitats a les de la persona infant o l'adolescent.
- La incapacitat o impossibilitat de controlar, per part dels

progenitors o titulars de la tutela o de la guarda, la conducta de la persona infant o l'adolescent que provoqui un perill evident de causar-se danys a ella mateixa o de perjudicar a terceres persones.

- Les pràctiques discriminatòries, per part dels progenitors o titulars de la tutela o de la guarda, contra les nenes i noies que suposin un perjudici per al seu benestar i la seva salut mental i física, incloent-hi els riscs a patir la mutilació genital femenina i la violència exercida contra elles.

Una vegada s'ha detectat una situació de risc, les entitats locals han d'intervenir de forma preceptiva adoptant aquelles mesures que siguin necessàries, que com sabem no poden consistir en la separació de l'infant o adolescent del nucli familiar, i que no precisen d'una declaració prèvia. Resulta ara oportú determinar el deure que s'imposa a qualsevol ciutadà de comunicar l'existència d'una situació de risc, així com les mesures d'intervenció que es poden adoptar, essencialment mitjançant els serveis socials, per a pal·liar l'existència d'un risc per al desenvolupament integral de l'infant o adolescent.

Es parteix de l'obligatorietat, per part dels ciutadans i ciutadanes, de comunicar als serveis socials bàsics o especialitzats, o al departament de la Generalitat de Catalunya, competent en protecció de la infància i l'adolescència, qualsevol situació de risc o de desempament de la qual hagin tingut coneixement i amb la major antelació possible. L'Administració ha de garantir la confidencialitat de la identitat del comunicant.

Enfront del deure de comunicació, previst a l'article 98.1 i 2, els professionals, i especialment els de l'àmbit de la salut, serveis socials i educació, han d'intervenir obligatòriament quan detectin una situació de risc o desempament, segons els protocols específics i en coordinació amb la Generalitat de Catalunya (art. 98.3).

Les anteriors obligacions de comunicació i d'intervenció, respectivament, ho són sens perjudici del deure de denunciar els fets a les forces i cossos de seguretat, Ministeri Fiscal o autoritat judicial (art. 98.5).

En els casos en els quals es detecta una situació de risc o desemparament s'informarà, per part dels serveis socials, a l'òrgan competent de la Generalitat i caldrà formar un expedient de la persona infant o adolescent (cfr. art. 99), de caire confidencial, que pot tenir les següents peces (sens perjudici que reglamentàriament se n'inclouin altres):

- expedient informatiu
- expedient de risc
- expedient de desemparament
- expedient de tutela
- expedient de guarda
- expedient assistencial

Aquest expedient romandrà obert fins a la fi de l'actuació protectora o fins a la majoria d'edat, excepte en aquest cas dels possibles expedients assistencials.¹⁶

Detectada una situació de risc, les actuacions que cal desenvolupar per part de les Administracions públiques, fonamentalment les administracions locals, consisteixen, per una banda a procedir

16. S'ha de tenir en compte que si bé l'àmbit personal del projecte de llei abasta a tota persona infant o adolescent domiciliat a Catalunya o que s'hi trobi eventualment, entenent per infant a la persona menor de 12 anys i per adolescent, la persona amb una edat compresa entre els 12 i els 18 anys, es preveu l'aplicació de la norma a persones majors d'edat quan hagin estat tutelades pel departament competent en matèria d'infància i adolescència (art. 2). I l'article 149.1 ensenya que "Assolida la majoria d'edat, l'emancipació o l'habilitació d'edat, cessen les mesures de protecció. Això no obstant, l'organisme competent de la Generalitat podrà disposar —mitjançant resolució motivada i amb el consentiment de la persona interessada o, en el seu defecte, si es tracta d'un presumpte incapaç, mitjançant autorització judicial— les mesures assistencials que consideri necessàries".

a la valoració de la situació de risc, per part dels serveis socials, i, per l'altra, a l'adopció de mesures d'atenció social i educativa per tractar d'eradicar o pal·liar el risc detectat.

Per a la valoració de la situació de risc, els serveis socials bàsics procedeixen a designar un professional de referència per a cada infant o adolescent, que serà també l'encarregat no solament de l'avaluació sinó també del seguiment posterior (art. 101.2). Els serveis socials bàsics, valorat el risc, han d'adoptar aquelles mesures d'atenció social i educativa, per a disminuir o eliminar el risc, amb la col·laboració dels pares, tutors o guardadors.

Si malgrat la intervenció dels serveis socials bàsics, el risc és greu i no s'ha eliminat o controlar, procedeix elevar un informe als serveis socials especialitzats, on consta la intervenció que s'ha efectuat i la proposta de mesures a adoptar, per tal que aquests compleixin l'estudi i elaborin un compromís socioeducatiu. Aquest compromís, que s'ha de signar amb els progenitors o titulars de la tutela o de la guarda, preveurà la descripció de la situació de risc i les mesures concretes a adoptar pels serveis socials o altres serveis especialitzats, i requerirà escoltar prèviament l'adolescent i l'infant, en aquest darrer cas si té prou coneixement.

Si els progenitors o titulars de la tutela o guarda no col·laboren o es neguen a participar en l'execució de les mesures acordades i existeix un perill per al desenvolupament o benestar de l'infant o adolescent o bé es produeix qualsevol altra situació de desempament, els serveis especialitzats elevaran l'informe proposta de desempament a l'organisme competent de la Generalitat de Catalunya (cfr. art. 100.6).

Les mesures que es poden adoptar per a la disminució o eradicació d'una situació de risc que afecta un infant o adolescent es troben previstes a l'article 102 i consisteixen en:

- Orientació, assessorament i ajut a la família
- Intervenció familiar amb programes socioeducatius
- Acompanyament als centres educatius
- Ajuda a domicili
- Atenció en serveis socioeducatius
- Atenció sanitària
- Programes formatius per a adolescents que han abandonat el sistema escolar
- Assistència personal per als progenitors, tutors i guardadors amb diversitat funcional
- Assistència personal per a les persones infants i adolescents amb diversitat funcional

S'ha de tenir present, com ja s'ha fet menció, que si bé la intervenció de les entitats locals, quan es detecta una situació de risc, sigui per comunicació ciutadana o pels mateixos serveis, esdevé preceptiva, així com la proposta i adopció de les mesures d'atenció social i educativa, resta a les mans dels progenitors, tutors o guardadors l'assoliment i execució del compromís per a superar la situació de risc, de manera que quan aquests no col·laboren en l'adopció del compromís o en la seva execució i la situació de risc roman i es possibilita el seu agreujament i transformació en desempament, s'escola aquest estadi de compromís convencional i es procedeix a la declaració de la situació de desempament amb la conseqüència més rellevant que, per a l'infant o adolescent, comporta, com és la separació del seu nucli familiar.

LA INTERVENCIÓ DE L'ADVOCACIA EN ELS PROCEDIMENTS EN RELACIÓ A PERSONES MENORS

Montserrat Tur i Racero
Advocadessa de l'ICAB

Sumari:

I. Introducció i reflexió inicial. II. Intervenció de l'advocacia als processos relacionats amb persones menors d'edat. 1) Coneixement de l'Administració protectora. 2) Intervencions prèvies al desemparament. III. Criteris que ha de seguir l'administració en la seva actuació protectora de la infància. IV. L'oposició al desemparament i a altres resolucions en matèria de protecció de menors. 1) Normativa aplicable i novetats de la Llei d'igualtat d'oportunitats per a la infància i l'adolescència. 2) El procés judicial. V. Conclusions.

I. Introducció i reflexió inicial

La proposta d'avantprojecte de Llei del Govern de Catalunya sobre els drets i les oportunitats de la infància i l'adolescència ens permet generar un debat sobre la funció de l'advocacia en el que podríem anomenar el “dret d'infància”. Inserir dins l'àmbit del dret de família, el dret d'infància, es troba en una situació de canvi constant i de necessitat d'innovacions en els models de treball. El dret de família, en les darreres dècades, ha patit canvis molt significatius. De ben segur que això ha estat empès pel canvi sociològic de la institució familiar, les seves estructures, i la legitimació de la diversitat de models familiars. S'han produït també algunes modificacions en els sistemes i models de treball de tots els operadors jurídics relacionats amb l'àmbit del dret de família, però encara ha d'aprofundir-se més en aquest camí de transformació.

La tasca de l'advocacia és la defensa dels interessos de la persona representada, i aquesta defensa transcorre en un context de contraposició d'interessos i de drets, on hem de fer prevaldre els interessos i voluntats que es representen. Però la participació en un assumpte relacionat amb persones menors d'edat exigeix, per damunt de tot, que sigui valorat l'interès de la persona menor per sobre del dels altres implicats. Aquest factor no es pot deixar de banda i inevitablement trenca amb el sistema tradicional de treball i ens obliga a establir-ne un de nou, generant nous mètodes de resoldre les situacions de crisi i de conflicte familiar, més enllà de la judicialització d'aquests, buscant més un acompanyament en el procés que un satisfacció dels interessos de les parts. Als casos d'infància, el conflicte no contraposa dos interessos d'igual dimensió, i els interessos de l'infant, l'interès de la persona menor, ha estat valorat des d'equips multidisciplinaris i experimentats en la matèria, fet que dota la seva intervenció de la presumpció de legitimitat. Així doncs, com a professionals hem

d'estar prou capacitats per poder avaluar tot el context i les circumstàncies que envolten el cas, hem d'estar avesats a les tècniques i el llenguatge especialitzats en infància, per tal de poder oferir amb la nostra intervenció allò que sigui més adient, sense vulnerar en cap cas els drets de la infància. Aquests drets han de ser, per part de tothom, i per mandat legal, protegits i posats en valor. L'advocació no està exempta de l'obligació de vetllar pel benestar i defensa dels drets dels infants, i ha de ser aquesta perspectiva l'eix del nostre treball. Res ens impedeix, com no ho impedeix el dret penal a l'advocat defensor d'una persona encausada, acceptar la responsabilitat, valorar que la intervenció de l'Administració és oportuna però acompanyar en el procés el nostre client, garantint que es compleixen totes i cadascuna de les garanties, sense conculcar cap dret, i assegurant que no existeixin extralimitacions per part de l'Administració. Una intervenció professional d'aquesta dimensió ha de ser valorada tan positivament com aquella que combat una actuació no adequada de l'Administració.

La formació especialitzada per a l'àmbit del dret de família, i en especial per al dret d'infància es presenta com un requisit indispensable per a poder desenvolupar, amb garanties i amb un bon nivell de qualitat la nostra tasca.

Sóc conscient que centro el meu discurs en la funció de l'advocat, representant de la família d'origen de la persona menor, coneixedora que la tasca de l'advocacia, en aquests casos, està a dues bandes, ja que estan els companys i companyes que treballen defensant els interessos dels menors des dels Serveis Jurídics de la Generalitat de Catalunya, com advocats i advocades. Vagi per endavant, el meu reconeixement a la seva tasca, tot i que el meu plantejament se centra, en aquest document, en la figura de l'advocat defensor dels interessos de la família d'origen d'una persona menor que està tutelada per l'Administració.

II. Intervenció de l'advocacia als processos relacionats amb persones menors d'edat

1. Coneixement de l'Administració protectora

Per a poder participar amb plena eficàcia en un procediment relacionat amb l'Administració protectora de menors, és un requisit inexcusable el coneixement de l'estructura, les funcions i atribucions d'aquest òrgan administratiu. També és fonamental conèixer en l'àmbit territorial en què es treballa, i quins són els serveis locals o comarcals que intervenen. A Catalunya la competència en matèria de protecció de menors, la té atribuïda el Departament d'Acció Social i Ciutadania, mitjançant la Direcció General d'Atenció a la Infància i l'Adolescència (DGAIA) inserida a la Secretaria d'Infància i Adolescència. Ha estat una competència que tradicionalment ha anat canviant entre el Departament de Justícia i el Departament que genèricament podem anomenar Departament de Benestar (actualment és Acció Social i Ciutadania). Els professionals del dret hem de conèixer l'organisme administratiu que serà l'eix en aquest tipus d'assumptes. Per això és recomanable, el coneixement de l'estructura administrativa de la DGAIA, i és recomanable la lectura, per exemple de la "GUIA BÀSICA DE LA DGAIA".¹⁷ Dins d'aquesta estructura, és important conèixer els equips funcionals d'infància (EFI), on es troben els juristes, i per tant en principi els nostres interlocutors i també conèixer els equips d'atenció a la infància i l'adolescència del territori corresponent, que són equips pluridisciplinaris formats per psicòlegs, treballadors socials, educadors i/o pedagogs.

És important també conèixer quin és l'àmbit d'actuació de la DGAIA, així com quines són les mesures protectores amb què pot intervenir.

17. La trobareu a <http://www.gencat.cat/benestar/dgaia/infandole/guia.htm>

2 Intervencions prèvies al desemparament

La major part de les intervencions dels i de les professionals del dret seran, de ben segur, un cop s'hagi notificat a la família la resolució de desemparament. Ara bé, pot succeir també que es requereixi la intervenció d'un advocat/da, quan encara l'Administració no ha estat coneixedora que la situació de possible risc o bé quan l'Estat (en qualsevol de les seves formes administratives) inicia la intervenció en una família.

a) Intervenció “privada”

He batejat aquesta intervenció com a privada, perquè s'emmarca en l'àmbit del dret privat –si és que el dret d'infància, i per extensió el de família pot rebre ja aquest qualificatiu. A vegades la situació de la persona menor no és de desemparament, ni de risc, però legalment aquells que tenen la guarda, no la tenen reconeguda de forma estrictament legal. El cas més habitual és el d'avis, que cuiden dels néts, amb la presència esporàdica o no dels pares de la o les criatures. Són situacions habitualment conegudes des dels serveis socials de primària, inclús des dels EAIA però atenent el bon estat i desenvolupament dels infants no es produeix un desemparament –veurem com es modifica això amb la nova llei i la intervenció en situacions de risc. La recerca d'una mínima empara legal mitjançant acords entre les parts, en què es reflecteixi la situació dels menors i les responsabilitats de cadascú, cosa que obliga també les parts a respectar l'acord. Això permet aconseguir, en cas necessari, la feiaència de la situació, i la vinculació de les parts a un acord que, en principi, han de complir.

b) Intervenció en situacions de risc

La demanda d'intervenció a un advocat/da també pot donar-se en casos en què l'Administració protectora de menors està intervenint en una família, però encara no ha decretat el desemparament del menor, o no és aquesta la seva intenció. En aquests tipus de

circumstàncies, la nostra intervenció ha de ser d'acompanyament complet als nostres clients, però sense entorpir l'acció investigadora i de treball de l'Administració, actuant amb la màxima cautela perquè aquesta ingerència per part de l'Estat en la vida privada d'una família es produeixi de la forma i amb les limitacions que la Llei i la jurisprudència, especialment la del Tribunal europeu de Drets Humans, ha establert.

Una de les novetats de la nova Llei dels drets i oportunitats de la infància és la de conceptualitzar la situacions de risc i la intervenció que ens aquests casos ha de fer l'Administració. D'aquesta manera no es limiten les possibilitats dels poders públics a l'hora d'intervenir en defensa dels interessos dels menors d'edat, a un únic sistema, que és el desemparament i que pot resultar, en alguns casos, un recurs desproporcionat.

c) Via administrativa

L'Administració protectora, quant a les normes del seu procediment, està sotmesa al dret administratiu, i per aquest motiu existeix, previ al recurs jurisdiccional, la possibilitat de tenir vista de l'expedient i l'opció de presentar al·legacions a la decisió administrativa en un període habitualment de 10 dies, des de la notificació d'aquesta.

El termini sol començar a comptar a partir del dia en què, després de demanar cita a l'equip funcional d'infància corresponent (E.F.I), es pot tenir vista de l'expedient. Aquests expedients, normalment molt reiteratius, ja que emanen d'uns expedients informàtics que emmagatzemen tota la informació de l'assumpte, no poden ser fotocopiats, i es poden consultar en un temps habitualment molt reduït. Aquesta pràctica de la Direcció General d'Atenció a la Infància l'Adolescència, que segons s'argumenta està justificada en la defensa del dret a la privacitat i la protecció de les dades personals de la persona menor implicada a l'expedient,

hauria de ser modificada. Les persones que sol·liciten consultar o disposar de l'expedient administratiu en relació a una persona menor, com a administrats han de poder tenir coneixement d'aquest expedient administratiu, ja que també en són part.

És fonamental que l'administrat pugui conèixer les causes i motivacions que l'Administració té per a intervenir en la seva vida privada, en molts casos en la mateixa família de la persona que està sol·licitant el dret a consultar l'expedient. Aquestes persones o els seus representants legals, legítimament, estan exercint un dret reconegut a la legislació vigent. Efectivament, els pares de la persona menor o les persones que puguin acreditar tenir un interès legítim, així com els seus representants legals, segons el que disposa l'article 31 de la Llei 30/1992, i segons el dret que atorga l'article 35 de l'esmentada llei, tenen el dret a conèixer, en qualsevol moment, l'estat de la tramitació dels procediments administratius en els que es gaudeixi de la condició de persona interessada. Aquest dret també engloba el dret a obtenir còpies dels documents que contenen els expedients. Si la DGAIA considera que, per motius de protecció de dades o pel dret del menor a la seva intimitat,¹⁸ existeix informació que ha de ser amagada a la vista pública, correspon a aquesta entitat pública, en una interpretació garantista segons la Llei orgànica 15/1999, de 13 de desembre, de protecció de dades de caràcter personal,¹⁹ “amagar” aquesta informació abans de posar l'expedient a la disposició de la persona que ho sol·licita. En cap cas es pot denegar el dret a disposar i conèixer el contingut de l'expedient administratiu, excepte en aquelles parts que, per protecció de la intimitat i les dades del menor, han de ser ocultades. Els canvis de formes i models de tre-

18. Amparant-se en allò que disposa l'article 84 de la Llei 30/1992 del Procediment administratiu

19. Ley Orgànica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. BOE 298, del dimarts 14 de desembre del 1999 i en relació amb l'article 10.2. a o 10.3 b del RD 1720/2007, de 21 de desembre, de desenvolupament de la LOPD

ball, que he propugnat per als advocats i advocades, també han d'arribar a l'Administració, que ha valorar com una necessitat per als interessos de les persones menors, assegurar una bona defensa per als interessos de la seva família d'origen.

Retornant a l'escrit d'al·legacions, que es pot presentar davant de qualsevol resolució administrativa en matèria de protecció de menors. Escrit previst a la Llei 30/1992, de procediment administratiu, al seu article 84²⁰ que recull un tràmit d'audiència previ a la resolució, pels interessats en l'assumpte. També la proposta del Govern de Llei dels drets i les oportunitats de la infància i l'adolescència de Catalunya, assenyalava al seu article 104.5 *“Un cop s'hagi elaborat l'informe proposat per als equips tècnics i s'hagin practicat des aquelles altres actuacions que s'hagin acordat, si s'escau, d'ofici o a instància de part, s'ha de donar audiència i vista de l'expedient en un termini de deu dies als progenitors, o als titulars de la tutela o de la guarda, tenint molta cura que no accedeixin a aquells documents o dades que afectin la intimitat de les persones, siguin reservades o tinguin caràcter confidencial.”*

Aquest tràmit d'al·legacions, anàleg a un recurs administratiu previ a la via jurisdiccional, no és un recurs preceptiu per poder accedir a la tutela judicial, ja que aquest requisit no existeix per mor de l'establert a l'article 780 de la Llei d'enjudiciament civil, que expressa clarament que, al procediment d'oposició a les resolucions administratives en matèria de protecció de menors, no és necessària la reclamació prèvia en via administrativa per formular oposició, davant dels tribunals civils.

20. Artículo 84. Trámite de audiencia.

1. Instruidos los procedimientos, e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, se pondrán de manifiesto a los interesados o, en su caso, a sus representantes, salvo lo que afecte a las informaciones y datos a que se refiere el artículo 37.5.

2. Los interesados, en un plazo no inferior a diez días ni superior a quince, podrán alegar y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes.

3. Si antes del vencimiento del plazo los interesados manifiestan su decisión de no efectuar alegaciones ni aportar nuevos documentos o justificaciones, se tendrá por realizado el trámite.

També i en aquest sentit la proposta feta pel govern de Llei dels drets i les oportunitats de la infància i l'adolescència de Catalunya, al seu article 111.1, expressa que la declaració de desemparament, sens perjudici de la seva eficàcia immediata, és impugnabile davant la jurisdicció civil sense necessitat de reclamació prèvia per via administrativa.

En presentar aquestes al·legacions, ha de tenir-se especial cura amb els terminis per a la impugnació davant dels tribunals ordinaris,²¹ ja que, malgrat que discutible, hem d'entendre que res indica que la presentació d'aquestes al·legacions suposi la suspensió dels terminis establerts a la LEC.

d) Responsabilitat i deure de comunicació

En qualsevol cas, i en qualssevol circumstàncies, els professionals de l'advocacia, estem sotmesos a l'obligació de comunicar a l'autoritat pertinent el nostre coneixement d'una situació de risc o de desemparament d'un infant. La protecció i salvaguarda de l'interès de l'infant se superposa absolutament al secret professional per a la salvaguarda dels interessos dels nostres clients. És la nostra obligació com a ciutadans etllar pel respecte efectiu dels drets de la infància. Així, la nova proposta legislativa en diferents articles recull aquesta obligació. L'article 3 parla de la "Responsabilitat ciutadana i pública", concretant-la en l'obligació de vetllar pel respecte efectiu dels drets de la infància i l'adolescència, que és una responsabilitat de la família, **de tota la ciutadania** i, molt particularment, de tots els poders públics, que també tenen l'obligació de defensar-los i promoure'ls.

Més contundent en l'expressió de l'obligació és l'article 98, que parla del deure de comunicació, intervenció i denúncia

21. Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional, BOE núm. 312, de 29-12-2007, pp. 53676-53686.

1. Tots els ciutadans i totes les ciutadanes que tinguin coneixement de la situació de risc o desemparament en què es trobi una persona infant o adolescent tenen el deure de posar-ho en coneixement dels Serveis Socials Bàsics, especialitzats o del Departament de l'administració de la Generalitat de Catalunya competent en matèria de protecció a la infància i l'adolescència al més aviat possible.

(...)

Totes i tots els professionals, especialment professionals de la salut, dels serveis socials i de l'educació, han d'intervenir obligatòriament quan tinguin coneixement de la situació de risc o de desemparament en què es trobi una persona infant o adolescent, d'acord amb els protocols específics i en col·laboració i coordinació amb l'òrgan de la Generalitat de Catalunya competent en matèria de protecció de la infància i l'adolescència. Aquesta obligació inclou la de facilitar la informació i documentació que sigui necessària per valorar la situació de la persona infant o adolescent.

Aquesta proposta però no és aliena a la legislació vigent, que, tant al Reglament de Protecció de menors desemparats i de l'Adopció,²² com a la Llei de protecció e menors,²³ s'estableix l'obligació, en especial a qui per raó de la seva professió tingui coneixement de l'existència de qualsevol maltractament a menors, que ha de posar-ho en coneixement de l'autoritat judicial o de l'organisme competent, el qual ha de garantir la reserva absoluta i l'anonimat del comunicant.²⁴ Així també ho estableix el Reglament de protecció dels menors desemparats al seu article 6.²⁵

22. Decret 2/1997, de 7 de gener, pel qual s'aprova el Reglament de protecció dels menors desemparats i de l'adopció, modificat parcialment pel Decret 127/1997, de 27 de maig (DOGC 2307, de 13.1.97 i DOGC 2402, de 30.5.97) i pel Decret 62/2001, de 20 de febrer (DOGC 3337, de 28.02.2001)

23. Llei 37/1991, de 30 de desembre, sobre mesures de protecció dels menors desemparats i de l'adopció (DOGC 1542, de 17.1.92)

24. CP: 195-196 i LECr: 259-269

25. Decret 2/1997, de 7 de gener, pel qual s'aprova el Reglament de protecció dels menors desemparats i de l'adopció, modificat parcialment pel Decret 127/1997, de 7 de maig.

III. Criteris que ha de seguir l'administració en la seva actuació protectora de la infància

Per tal de poder avaluar correctament l'actuació de l'administració s'ha de conèixer com ha de ser aquesta actuació i d'acord amb quins paràmetres ha de regir-se. Seguint les conclusions efectuades al meu treball d'investigació predoctoral,²⁶ i allò que estableix la Llei orgànica de protecció jurídica del menor,²⁷ així com la legislació autonòmica aplicable, estariem davant dels següents criteris per a regir l'actuació de l'Administració:

a) Interès superior de la persona menor.

Principi general del dret, que en la seva redacció de la Convenció Internacional dels Drets de la Infància estableix:

Article 3. A totes les mesures que es prenguin sobre infants per part de les institucions públiques o privades de Benestar Social, els tribunals, les autoritats administratives o els òrgans legislatius, una consideració primordial a la que s'atindrà serà l'interès superior de l'infant.

Aquest principi és un principi informador i d'interpretació tant de les actuacions com de les normes, cosa que permet també fer prevaldre l'interès del menor quan aquest entra en conflicte amb un

26. Tur i Racero, Montserrat. "Els Drets dels infants a l'article 39: apartat quart de la Constitució Espanyola" UAB 1995.

27. Ley Orgánica 1/1996, de 15 de Enero, de Protección jurídica del Menor, de modificación parcial del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil.

altre interès o dret. Aquest principi està recollit també a l'article 5 de la nova proposta de Llei d'infància.²⁸

b) Principi de subsidiarietat. La protecció dels menors ha de realitzar-se en forma de col·laboració entre les famílies i l'Administració, i l'Administració ha de tenir una intervenció de caràcter subsidiari, i només intervenir en cas que la família no sigui capaç de complir amb les seves funcions.

c) Respecte de la vida familiar i obligació d'establir accions positives per a fer efectiu aquest respecte.

c.1) Integració del menor a la seva família des del seu naixement. L'Estat ha de portar a terme tot allò que consideri oportú per aconseguir que els menors puguin ser criats pels seus pares, i en el cas de separar-los ha de posar totes les mesures possibles per aconseguir la seva reagrupació.

c.2) Deure efectiu de protegir la vida privada i familiar, assegurant els mitjans i instruments per poder complir amb aquest deure.

c.3) La prevenció de totes aquelles situacions que puguin perjudicar el desenvolupament personal de la persona menor.

c.4) Sensibilitzar la població davant de les situacions d'indefensió dels menors.

c.5) Promoure la participació i la solidaritat social.

d) L'objectivitat, imparcialitat i seguretat jurídica en la actuació protectora garantint el caràcter col·legiat i interdisciplinari a l'adopció de mesures.

28. Article 5. L'interès superior de la persona infant o adolescent

1. L'interès superior de la persona infant i adolescent ha d'ésser el principi inspirador i fonamentador de les actuacions públiques.

e) Previsió en la llei nacional de qualsevol ingerència a la vida familiar.

e.1) Només és llei una norma formulada amb suficient precisió perquè tota la ciutadania pugui preveure les conseqüències d'una determinada acció, i sempre dins d'un marge raonable i d'acord amb les circumstàncies.

e.2) La llei que prevegi les ingerències ha de ser precisa, i si implica un marge d'apreciació, precisar l'abast i les modalitats amb suficient nitidessa com per oferir certa garantia contra les ingerències injustes.

f) La ingerències han de perseguir finalitats legítimes, i ser necessàries en una societat democràtica per defensar, assegurar i preservar els interessos de la infància.

g) Les mesures han de tenir un caràcter proporcionat.

La proposta de nova llei dels drets i oportunitats de la infància i adolescència de Catalunya ha recollit en gran mesura el que he expressat en els paràgrafs anteriors.

IV. L'oposició al desemparament i a altres resolucions en matèria de protecció de menors

1. Normativa aplicable i novetats de la Llei d'igualtat d'oportunitats per a la infància i l'adolescència

Certament, és en l'oposició al desemparament, on l'advocat/da té un paper privilegiat, i on la determinació de l'interès del menor correspon a l'autoritat judicial, perquè la nostra feina se centrarà a demostrar, si és el cas, que aquest interès no ha estat ben protegit per part de l'Administració.

L'oposició al desemparament vindrà a desvetllar si la persona menor està en situació de desemparament, i per tant si la intervenció de l'Administració està dins dels marges d'ingerència en la vida privada d'una família que la llei estableix.

Segons la proposta de nova Llei, al seu article 111 s'estableix un règim de recursos. La resolució de desemparament té eficàcia des del moment en què es dicta, i no requereix reclamació prèvia per via administrativa, abans de la seva impugnació per la via civil. El termini per formular oposició és de tres mesos comptadors des de la notificació de la resolució que s'impugna. En el cas que el desemparament sigui decretat en relació a una persona menor adolescent, se li concedeix la possibilitat d'impugnar-la per ella mateixa mitjançant el nomenament d'un defensor judicial. Caldrà veure el desenvolupament reglamentari i pràctic d'aquesta figura. En el cas que hi hagi un canvi de circumstàncies, sempre que no hagin estat privats de la potestat parental i que aquest s'acrediti, els pares podran en el termini de dos anys²⁹ que deixi sense efecte la resolució administrativa de desemparament.

La novetat, en aquestes darreres modificacions legislatives, radica en l'establiment de terminis per a poder impugnar les resolucions administratives. Certament és una limitació als drets de la família d'origen del menor, una limitació justificada, perquè la manca de terminis ha propiciat situacions d'abús i de simplement obstaculització de les mesures protectores a aplicar. La ingerència de l'estat a la vida privada de les persones, necessàriament ha de ser limitada i cautelosa, però a la vegada ha de disposar dels mecanismes adients per a poder-se dur a terme. No hem d'oblidar que la potestat parental és un dret funció que s'exerceix en benefici de l'infant, i que uns anys destinats a una rehabilitació poden ser pocs per a un adult, però en un infant solen ser la major part de la seva vida. D'altra banda, aquestes limitacions, han d'anar acompanyades de mesures de suport a les famílies, assegurant-nos que només aquells que conscientment abandonen les seves obligacions i deures parentals, són els afectats per l'establiment de limitacions als seus drets envers els seus fills.

2. El procés judicial

La regulació processal de l'oposició a les resolucions administratives en matèria de protecció de menors es troba a la Llei d'enjudiciament civil, al seu Llibre IV. *Dels procediments especials, al títol I, Dels processos sobre capacitat, filiació, matrimoni i menors*, capítol V ***De l'oposició a les resolucions administratives en matèria de protecció de menors i del procediment per determinar la necessitat d'assentiment en l'adopció.*** Per a conèixer sobre aquest tipus de procediments, seran competents objectivament els jutjats de primera instància. Des del punt de vista de la competència territorial, ho seran els jutjats

29. Article 113 Avantprojecte de Llei dels drets i les oportunitats de la infància i l'adolescència de Catalunya.

del domicili de l'entitat protectora, en el cas de Barcelona, seran competents objectivament i territorialment els jutjats els de família de la ciutat de Barcelona.³⁰

La llei processal disposa al seu article 780 via remissió al 753, a les disposicions del judici verbal, per al desenvolupament del procés d'oposició a la resolució de desemparament. La legitimació activa correspon als pares biològics, als adoptius i als tutors. Pot inclús considerar-se vàlida la legitimació activa d'un guardador de fet. La legitimació passiva l'ostenta l'entitat pública, i en el seu cas el acollidors preadoptius.³¹

És preceptiva la intervenció del Ministeri Fiscal, atenent el que disposa l'article 749 de la Llei d'enjudiciament civil. Les parts han de comparèixer assistides de lletrat/da i procurador/a, així com l'entitat pública que intervindrà mitjançant lletrat/da del Gabinet Jurídic Central de la Generalitat de Catalunya.

Com a tots els processos en relació a menors, segons el que disposa l'article 751 de la LEC no es podrà renunciar, aplanar-se, i la transacció i el desistiment requeriran la conformitat del Ministeri Fiscal.

El procés s'inicia amb la presentació d'un escrit en què de manera reduïda s'expressi la pretensió a deduir i la resolució a la qual s'oposa.³² És important que en aquest escrit s'expressi clarament, quina resolució s'està impugnant i, si és possible, es consignin clarament totes les dades de la persona menor que és la titular de l'expedient de protecció. En aquesta primera fase, no sembla preceptiva la intervenció lletrada, però seria ja convenient, i el jutjat hauria de

30. Article 779 de la LEC. En relació a la competència, de menor incidència, però a tenir en consideració el REGLAMENT (CE) N° 2201/2003 el Consell de la Unió Europea de 27 de novembre de 2003, relatiu a la competència, el reconeixement i l'execució de les resolucions judicials en matèria matrimonial i de responsabilitat parental.

31. Veure STC 124/02 de dos de maig de 2002

32. Article 780.2 de la LEC

requerir a l'impugnant perquè així ho fes, i assegurar així que en el termini establert es formalitzarà la presentació de la demanda.

El tribunal, mitjançant ofici, reclamarà un testimoni complet de l'expedient administratiu, que la DGAIA haurà d'aportar al jutjat en un termini de 20 dies.³³ Un cop l'expedient administratiu està en poder de les parts, es concedirà a la part actora un termini de 20 dies per substanciar la demanda.³⁴

La demanda haurà de complir amb els requisits formals que preveu l'article 437 de la LEC. És recomanable que se sol·liciti l'interrogatori de la DGAIA a l'escrit de demanda, en què es proposin ja les preguntes a formular, segons el que disposa l'article 315 de la LEC. També poden demanar-se l'adopció de mesures cautelars, del 136 del CF o 158 Cc.

El jutjat emetrà una interl·locutòria d'admissió a tràmit, i donarà trasllat al Ministeri Fiscal, a la DGAIA (acollidors preadoptius en el seu cas) perquè contestin la demanda en el termini de 20 dies. Podria dictar-se interl·locutòria d'inadmissió motivada, que serà susceptible d'apel·lació.

Se celebra la vista, segons el que es disposa la Llei processal civil pel judici verbal. Habitualment es requereix la intervenció de l'equip psicosocial adscrit als Jutjats de família. Efectuada la vista i realitzades totes les proves, el Jutjat de família dictarà sentència.

Dues consideracions per finalitzar. Primera, no és unànime la jurisprudència sobre l'efecte de cosa jutjada, més aviat es tendeix a acceptar que, l'acció és imprescriptible i que el canvi de circumstàncies i els especials interessos en joc, no podem aplicar els

33. Segons l'article 17.1 de la Llei Orgànica del Poder Judicial, l'administració ha d'aportar l'expedient i ho ha de fer en el termini establert.

34. Article 780.4 LEC

principis de caducitat i de cosa jutjada. Caldrà veure com evoluciona aquesta tendència, atesa la nova regulació de terminis. Segona, la possibilitat d'execució provisional en cas d'apel·lació ha de ser valorada per part del Jutjat de Primera Instància, i no pot considerar-se de caràcter automàtic.

V. Conclusions

L'Avantprojecte dels drets i les oportunitats de la infància i adolescència de Catalunya, del qual en part em sento responsable, està inserit en una nova mentalitat en relació als drets de la infància. Té la voluntat de ser una llei per a tota la infància, i no només una norma d'establiment del sistema de protecció als menors de Catalunya. El seu ampli ventall en relació als drets de la infància i l'adolescència denota i remarca aquest sentit d'universalitat, per això no ens ha de sorprendre que en matèria de menors en situació de risc o desemparament, suposi una ordenació, més que una innovació en la major part dels seus apartats.

Les lleis només són una de les vies per a millorar i intervenir en la societat, una via privilegiada sens dubte. Esperem que aquesta llei gaudeixi de l'acompanyament pressupostari que totes les persones que treballem en infància sabem que necessita i que mereix.

Com deia a l'inici, pot ser aquesta llei una bona excusa per a començar a replantejar la nostra tasca com advocats i advocades, definint nous models i sistemes de treball que ens permetin donar resposta a les noves qüestions. Reiterant la necessitat d'una preceptiva especialització de les i els advocats que intervenen en aquest tipus d'assumptes.

LES MESURES PROTECTORES DE L'ACOLLIMENT I DE L'ADOPCIÓ

Xavier Campà

Advocat de l'ICAB

Sumari:

I. Introducció. II. Principis rectors del sistema de protecció. III. Situació dels menors desemparats a Catalunya. IV. Causes impeditives de la proliferació de la mesura de l'acolliment en família aliena o preadoptiu. 1) En l'acolliment familiar simple. 2) En l'acolliment preadoptiu. V. Diferències substancials entre la legislació vigent i el projecte de llei dels drets i les oportunitats de la infància i l'adolescència. 1) Atenció en la pròpia família. 2) Concepte i efectes del desemparament. 3) Declaració preventiva de desemparament i de mesura i famílies acollidores d'urgència. 4) Règim de recursos i revisió. 5) Tipologia de les mesures de protecció. 6) Revisió i modificació de la mesura de les mesures. 7) Impugnació de les mesures (art. 121). 8) L'acolliment familiar. 9) Classes d'acolliment familiar. VI. L'adopció. 1) L'adopció de menors desemparats. 2) Adopció internacional.

I. Introducció

La irrupció, a l'estat espanyol, de la Constitució de 1978 i la seva definició com un Estat social i democràtic de dret (art. 1 CE) configura un nou panorama en el sistema de protecció dels menors desemparats sota el principi de subjecció dels poders públics a la llei i a l'ordenament jurídic (9.1 CE) tot garantint la seguretat jurídica i la interdicció de l'arbitrarietat (art. 9.3 CE) en la intervenció pública sobre els menors desemparats.

Així mateix i com a imperatiu de l'article 10 CE totes les normes relatives als drets fonamentals i a les llibertats que la Constitució reconeix s'han d'interpretar de conformitat a la Declaració Universal dels Drets Humans i altres tractats internacionals (art. 39.4 CE).

D'acord amb aquest nou panorama constitucional la garantia d'aquesta intervenció pública, està reflectida en els acords internacionals en la matèria i està en la línia dels principis inspiradors de la Convenció dels drets del Nen de 20 de novembre de 1989 i el Conveni relatiu a la protecció a la infància i a la cooperació en matèria d'adopció internacional elaborat a l'Haia el 29 de maig de 1993, ratificat per Espanya l'1 d'agost de 1995.

L'article 3 de la Convenció dels Drets del Nen estableix que qualsevol decisió que prengui l'Administració ha d'assegurar l'interès superior de l'infant.

Aquesta publicació en l'àmbit de l'estat espanyol es troba recollida en la reforma del Codi civil operada per la Llei 21/1987, de l'11 de novembre, text que preveu per primera vegada l'assumpció automàtica de la tutela dels menors en situació de desemparament a càrrec de l'Administració pública i, per tant, la intervenció pública en el sistema de protecció de menors.

En l'àmbit de Catalunya, i de conformitat amb les competències de la Generalitat de Catalunya en matèria d'institucions públiques de protecció i tutela de menors (art. 9.28 EAC) i en matèria de legislació civil (art. 25.2 EAC), el Parlament promulgaria un seguit de normes tant des del punt de vista del dret administratiu com des del vessant del règim civil de la protecció de menors: Llei 11/1985, de 13 de juny, sobre protecció de menors, que considerava el doble vessant civil i penal; la Llei 37/1991, de 30 de desembre, sobre mesures de protecció dels menors desemparats i de l'adopció (en endavant LIPMDA); i la Llei 8/1995, de 27 de juliol, d'atenció i protecció dels infants i adolescents i de modificació parcial de la Llei 37/1991.

Un sector de la doctrina considera que les mesures de protecció de menors s'haurien d'haver incorporat en bloc, primer al Codi de Família i després al Codi Civil, llibre segon relatiu a la persona i la família que s'està tramitant com a projecte de Llei en seu parlamentària. Si considerem que el projecte es presenta com un text refós d'altres lleis especials i que es vol donar una coherència interna i un tractament unitari i integral als drets i oportunitats dels infants i adolescents, no té sentit separar-ne un dels aspectes fonamentals com és el tractament dels menors desemparats, considerant, a més, que s'integren en una política global de prevenció en situacions de risc. En aquest sentit, la transversalitat que es dona en l'àmbit de menors i en la línia de la codificació empresa pel Parlament català, el més lògic fóra que totes les lleis sectorials relatives a la infància i a l'adolescència –àdhuc el tractament dels infractors– es refonguessin en un únic Codi.

Només en el cas de l'adopció, els efectes jurídics de la qual s'equiparen a la filiació per naturalesa, es tracta d'una institució íntegrament de dret civil que es desvincula, per si mateixa i un cop constituïda judicialment, de la intervenció pública.

En cap cas es justifica que en el projecte de Codi Civil (en endavant PCCC) s'hagi incorporat l'acolliment preadoptiu com a pas previ a l'adopció ja que, en si mateix, no produeix més efectes civils que l'acolliment simple: vetllar per ell; tenir-lo en llur companyia; alimentar-lo; educar-lo, i procurar-li una formació integral (art. 235-34.4 del PCCC; i art. 10.2 de la LIPMDA) i l'única finalitat és la de verificar el normal acoblament del menor en la seva futura família adoptiva. Crida encara més l'atenció que la seva regulació es trobi en els dos textos: en el projecte que estudiem i en el projecte de Codi Civil amb algunes diferències no substancials.

II. Principis rectors del sistema de protecció

En allò que afecta els menors desemparats ens interessa ressaltar els principis inspiradors del sistema protector que emanen de la LIPMDA i que, com ha recopilat Santiago Espiau,³⁵ es poden resumir en els següents:

- 1.- Dret del menor a gaudir dels drets individuals i col·lectius reconeguts per la Constitució, l'ordenament jurídic i els tractats internacionals, en particular la Convenció sobre els drets de l'infant de les Nacions Unides de 20 de novembre de 1989.
- 2.- Dret del menor a créixer en el si d'una família que cobreixi les seves necessitats materials, el protegeixi i es responsabilitzi d'ell.
- 3.- Dret del menor a créixer en un ambient afectiu que li permeti el desenvolupament integral de llur personalitat i el potenciï.
- 4.- Equilibri entre la protecció de l'interès del menor i les garanties reconegudes a pares i guardadors.

Serà l'interès superior del menor el que haurà de prevaler en cas de conflicte entre els dos béns jurídics objecte de protecció: el del menor i el dels pares o guardadors, tot "evitant que les diferents i enfrontades argumentacions jurídiques puguin postergar, obscurir o perjudicar les pures situacions humanes i afectives que han d'informar las relacions paternofilials".³⁶

A partir de la declaració de desemparament i per tal de garantir aquests drets es produeixen un seguit d'efectes per cobrir la manca d'atenció que pateix el menor: assumpció ope legis de la

35. "La situación de desamparo y las medidas de protección". Santiago ESPIAU ESPIAU. "Protección de menores, acogimiento y adopción". Ed. Marcial Pons.

36. STS de 20-04-1987.

tutela per part de l'entitat pública i l'adopció d'alguna de les mesures concretes que, de conformitat amb l'article 5 de la LIPMDA, poden ser:

- 1) L'atenció a la pròpia família del menor, mitjançant ajuts de suport psicosocial, de caire personal o econòmic, de l'Administració.
- 2) L'acolliment simple del menor per una persona o una família que puguin substituir, provisionalment o definitivament, el seu nucli familiar natural.
- 3) L'acolliment simple en un centre públic o col·laborador.
- 4) L'acolliment familiar preadoptiu.
- 5) Qualsevol altra mesura aconsellable, de caràcter assistencial, educatiu o terapèutic, ateses les circumstàncies del menor.

L'apartat 3 d'aquest article diu que s'ha de procurar, sempre que sigui possible, d'aplicar mesures que no comportin la separació del menor de la seva llar i del seu entorn familiar i, si fos necessària la separació transitòria, aquesta no ha d'impedir els drets de visita i comunicació amb la família natural, si convé a l'interès del menor.

La llei també preveu que l'acolliment institucional en centre propi o col·laborador ha de ser **subsidiari** a l'acolliment familiar (art. 12).

III. Situació dels menors desemparats a Catalunya

Segons les dades estadístiques facilitades per la mateixa DGAIA, els infants i adolescents amb mesura de protecció el 31 de desembre de 2008 dibuixava el panorama següent:

Dels 7.450 menors atesos a Catalunya, 1.122 són atesos a la pròpia família; mentre que 2.470 menors ho són en acolliment simple en família extensa o parental; 704 en acolliment simple en família aliena i 631 menors es troben sota la mesura d'acolliment preadoptiu. La resta, és a dir, 2.516 menors es troben en alguna de les modalitats d'acolliment en centre.

Aquesta estadística s'ha de matisar de la manera següent: a) el nombre de famílies acollidores és menor que el nombre de menors acollits ja que una família pot tenir més d'un menor acollit. El nombre de famílies acollidores és de 492; i b) el nombre d'acolliments és l'acumulat d'altres anys. Durant l'any 2008 es van constituir 155 acolliments simples en família aliena i 156 acolliments preadoptius i es van enregistrar 192 sol·licituds d'acolliment simple i 582 de preadoptiu.

Aquest desfasament entre "l'oferta" i "la demanda" de menors susceptibles de ser adoptats, va ser el motiu pel qual el Departament de Justícia va dictar l'Ordre de 26 d'agost de 1997, en virtut de la qual han de ser suspesos transitòriament els processos de valoració dels sol·licitants d'adopció de menors tutelats sempre que la demanda superi el triple de menors en situació legal de poder ser adoptats, en aplicació d'allò que preveu la disposició addicional segona del RPMDA. La suspensió no afecta l'adopció de menors amb característiques especials per raó d'edat, problemes de salut, o discapacitats o grups de germans, característica especial que dificulta enormement la seva adoptabilitat. L'objectiu

d'aquesta mesura és la de no desvirtuar el procés de valoració pel transcurs del temps.

D'aquestes dades fàcilment es dedueix que la mesura d'acolliment en família aliena s'ha convertit, de facto, en subsidiària o subordinada de l'acolliment institucional malgrat que en els darrers anys hagi augmentat significativament, per la qual cosa no es compleix el principi de subsidiarietat de la mesura d'internament en centre enfront de l'acolliment familiar, contrari a l'interès superior del menor. L'acolliment en família aliena suposa, com hem vist, un 9,4 % del total de menors desemparats, mentre que l'acolliment preadoptiu suposa un 8,5 %, enfront del 33,8 % de menors institucionalitzats en centres.

IV. Causes impeditives de la proliferació de la mesura de l'acolliment en família aliena o preadoptiu

No es pot parlar d'una sola causa sinó de diferents causes molt sovint interrelacionades entre elles. Sense voler ser exhaustius, i a títol merament orientatiu, les podríem classificar de la manera següent:

1. En l'acolliment familiar simple

a) manca de sol·licituds de perfil adequat

La mesura d'acolliment simple esdevé, per definició, una mesura temporal i transitòria a una fase de possible recuperació del menor en la seva família natural. En general les persones o famílies volen acollir amb finalitat adoptiva. Els vincles afectius que es generen en una relació de convivència continuada comporten, per se, que a mesura que passa el temps aquests lligams afectius s'intensifiquin. En l'acolliment simple la família acollidora ha de treballar la convivència amb el menor amb la finalitat de la seva reinserció a la família d'origen. És necessari un plus de caire més vocacional que no pas afectiu. Això no vol dir que amb els adequats programes de promoció i divulgació d'aquesta mesura no es pugui augmentar el nombre d'acollidors, però sempre serà residual respecte a les sol·licituds d'adopció.

b) Insuficiència en l'ajuda econòmica

L'ajut econòmic no és l'únic factor que desincentiva a optar per l'acolliment familiar si bé una millora en l'ajuda econòmica podria fer augmentar el pool de famílies acollidores.

El cost anual que representa per menor/any en mesura d'acolliment familiar és aproximadament de 4.000 euros,

mentre que el cost menor/any en centre és d'un promig de 30.000 euros.³⁷

c) Certs dèficits en la planificació del sistema de gestió, especialment en la provisió de recursos com així ho ha denunciat el Síndic de Greuges en el seu informe anual.³⁸

Es constata una desigualtat territorial en la inversió de recursos, tant per territori com per EAIA i ICIF; i també en la inversió per a la promoció d'aquesta mesura.

d) Dificultat dels equips tècnics a l'hora de proposar aquesta mesura als pares o tutors del menor

En algunes ocasions els tècnics es troben en serioses dificultats a l'hora de proposar la mesura d'acolliment en família aliena, cosa que implica un grau d'enfrontament amb la família biològica, que veu en aquesta mesura un atac al concepte patrimonialista dels fills. Això, unit a la manca de famílies acollidores, fa que en ocasions la proposta sigui d'acolliment en centre, fet que condiciona la pressa de decisió de la mesura en funció de la disponibilitat o no de recursos adequats.

2. En l'Acolliment preadoptiu

a) Oposició sistemàtica del pares naturals o tutors al desemparament i a la mesura

El sistema de recursos o oposició al desemparament i a la mesura d'acolliment preadoptiu fa que aquests processos

37. El cost en centres propis de la DGAIA és de 40.000 euros

38. Informe extraordinari sobre la Protecció a la infància en situació d'alt risc social. Juny 2009.

s'eternitzin amb absoluta incertesa jurídica. Les normes processals fins fa poc estableixen un sistema d'oposició obert sense límits temporals. Els progenitors, en general, no s'oposen a la mesura d'acolliment en centre, però en canvi quan es proposa l'acolliment en família aliena s'hi oposen frontalment en una concepció patrimonialista de la potestat parental.

En el sistema vigent, quan hi ha oposició dels pares biològics o tutors, l'acolliment preadoptiu només pot ser constituït pel jutge. L'única sortida del menor del centre és constituir un acolliment simple amb l'assumpció per part dels acollidors del risc jurídic que el jutge no constitueixi el preadoptiu. Això fa que moltes famílies no vulguin assumir aquest risc i per tant el menor no pugui ser acollit.

b) Falta de menors en edat òptima de ser adoptats

L'actual sistema de protecció i el predomini de l'acolliment institucional enfront de l'acolliment en família aliena juntament amb la clara oposició dels pares biològics, fa que els menors passin part de la seva infantesa i a vegades adolescència en un centre, amb tots els efectes negatius que comporta l'acolliment institucional. Quan es declara la seva adoptabilitat ja és massa tard i el menor passa a ser classificat en el grup de circumstàncies especials, com és l'edat, cosa que dificulta enormement trobar una família adoptiva.

c) Dificultat dels equips tècnics a l'hora de proposar aquesta mesura als pares o tutors del menor

En aquest cas l'enfrontament amb la família biològica encara és major ja que es tracta de la mesura més radical de separació definitiva del fill.

d) Manca de seguiment efectiu de la mesura d'acolliment simple i dels plans de millora o absència d'aquests

Un cop constituït l'acolliment simple, la DGAIA ha de revisar l'evolució de la mesura com a mínim cada sis mesos (art. 53 RPMDA). En aquesta revisió cal informar del grau de compliment del pla de millora que es preveu en la proposta tècnica de la mesura per part de l'EAIA (art. 51a) RPMDA). El pla de millora conté un seguit de compromisos de la família biològica per tal de possibilitar el retorn del menor. En cas d'incompliment sistemàtic del pla de millora, això podria provocar un canvi de mesura, en aquest cas l'acolliment preadoptiu.

En aquest sentit s'ha constatat que el procés de protecció dels menors desemparats no és dinàmic i que els informes dels equips tècnics es refereixen al moment del desemparament, però, un cop es difereix la guarda al director del centre residencial o a la família d'acollida en forma simple, hi ha una fonamentada sospita que els equips deixen d'informar sobre els plans de millora i pràcticament deixen de tenir contacte o relació amb la família biològica, la qual cosa fa inviable l'acompliment del seguiment efectiu de la mesura i, en el seu cas, el canvi de mesura.

Totes aquestes causes que impedeixen l'efectiva constitució de l'acolliment simple en família aliena i preadoptiu fa que no sigui possible l'aplicació del principi d'interès superior del menor i que aquest hagi de romandre en un recurs que no és el que s'ha considerat el més adequat a les seves necessitats.

V. Diferències substancials entre la legislació vigent i el projecte de Llei dels drets i les oportunitats de la infància i l'adolescència

Seguint la sistemàtica del projecte de Llei, farem una comparança entre aquesta i la legislació vigent per tal d'analitzar si hi ha millores tendents a pal·liar alguns dels problemes indicats.

1. Atenció en la pròpia família

Com a novetat important en la nova concepció del sistema de protecció dels infants i adolescents, es troba la supressió com a mesura de protecció amb declaració de desemparament dels menors que es poden trobar en situació de risc i que actualment està regulada com la primera de les mesures que es consideren en l'article 5 de la LPMDA, és a dir, l'atenció en la pròpia família del menor, mitjançant ajuts de suport psicosocial, de caire personal o econòmic, de l'Administració. El redactor del projecte ha entès, per fi, que aquests menors no es troben en situació legal de desemparament i que, per tant, no és necessària la declaració de desemparament per actuar amb mesures d'atenció i de suport. L'únic que cal és implicar totes les administracions sectorials per tal d'ajudar, assessorar i orientar les famílies i els menors davant de situacions de risc. En aquest sentit es regulen aquest tipus de mesures en l'article 102 del projecte de Llei de contingut tècnic, econòmic, i assistencial (educatiu, sanitari) i formatiu. Es podria considerar que aquestes mesures conformen una acció preventiva per tal que les situacions de risc no degenerin en un desemparament. Per això serà necessària una cooperació i col·laboració de les diferents administracions implicades (sanitat, educació, serveis socials...). Per tal de fer efectiva l'aplicació de les mesures que preveu el projecte, caldrà fer la provisió de les corresponents dotacions pressupostàries.

Actualment, es troben en mesura d'atenció a la pròpia família 1.122 menors, nombre que representa un 15 % del total de menors desemparats.

2. Concepte i efectes del desemparament

L'article 103 introdueix un concepte de desemparament i un seguit d'indicadors que es consideren situacions de desemparament més exhaustius que els previstos en l'actual article 2.2 de la LIPMDA.

“Article 103. Concepte

1. Es consideren desemparades les persones infants o adolescents que es troben en **una situació de fet en la qual els manca els elements bàsics per al desenvolupament integral de la seva personalitat, sempre que per a la seva protecció efectiva calgui aplicar una mesura que impliqui la separació del seu nucli familiar.**

2. Constitueixen situacions de desemparament:

a) L'abandonament.

b) Els maltractaments físics o psíquics, els abusos sexuals, l'explotació o altres situacions de la mateixa naturalesa realitzades per les persones a les quals els correspon la guarda o portades a terme amb el seu coneixement i tolerància.

El projecte exclou del concepte desemparament les mesures que no impliquen la separació del menor del seu nucli familiar.

Quant als efectes de la declaració de desemparament, l'article 107 introdueix, a més dels previstos en l'article 3.3 de la LIPMDA (la suspensió de la potestat parental o de la tutela ordinària), els pronunciaments judicials relatius a la potestat, la guarda i el règim de visita de la persona infant o adolescent, en clara al·lusió als pro-

cessos de separació i divorci o nul·litat o aquells que puguin ser declarats pels jutjats de violència domèstica.

3. Declaració preventiva de desemparament i de mesura i famílies acollidores d'urgència

L'article 108 preveu la declaració preventiva de desemparament com a mesura cautelar i disposa les mesures que siguin necessàries quan existeixi una situació de perill per a l'infant o adolescent, o concorri qualsevol altra causa que exigeixi una intervenció urgent i que faci necessària la separació del seu nucli familiar. Actualment només es considera com a acció preventiva la dels no nascuts quan es preveu clarament la situació de desemparament del futur nadó (art. 2.1 LIPMDA).

Simultàniament a l'adopció d'aquesta mesura cautelar, i en cas de no haver-ho fet abans, l'organisme competent ha d'iniciar el procediment de desemparament, que haurà de seguir els tràmits establerts fins a la resolució definitiva.

S'introdueix en el projecte (art. 109) l'atenció immediata i transitoria en família acollidora d'urgència, mentre s'analitza la problemàtica del menor i es determina, si escau, la mesura de protecció més adequada. Actualment només es preveu l'atenció immediata en un centre d'acolliment (art. 2.5 de la LIPMDA), si bé en la pràctica ja s'utilitza la família d'acollida d'urgència.

4. Règim de recursos i revisió

L'article 111 del projecte preveu que la declaració de desemparament, sens perjudici de la seva eficàcia immediata, és impugnable davant de la jurisdicció civil, sense necessitat de la reclamació prè-

via per via administrativa, i el termini per formular oposició és de tres mesos comptadors des de la notificació de la resolució. Si bé hem d'acollir favorablement el límit temporal que s'estableix per formular oposició, aquest límit ja va ser introduït en l'article 780 de la LEC en la modificació operada en virtut de la Llei 54/2007, de 28 de desembre, d'adopció internacional que, malgrat el seu títol, va servir per modificar també certs articles del Codi Civil i de la Llei d'enjudiciament civil en matèria de protecció de menors.

Encara que ja es preveia en la Llei d'enjudiciament civil, l'article 112 del projecte estableix preceptivament l'acumulació d'accions i processos en matèria d'oposició a les mesures de protecció i desempament que afectin un mateix menor o adolescent entenent que hi ha connexió dels objectes a l'efecte d'acumulació dels processos. És molt freqüent l'oposició judicial al desempament i posterior a la mesura per la qual cosa el projecte obliga a acumular ambdós processos d'oposició en un de sol.

Així mateix l'article 113 del projecte estableix un sistema de revisió per canvi substancial de circumstàncies de la resolució administrativa de desempament sempre que no s'hagi constituït l'acolliment preadoptiu, que poden sol·licitar els progenitors no privats de la pàtria parental o els tutors no remoguts del càrrec, dins del termini màxim de dos anys a comptar des de la notificació de la resolució que declari el desempament i contra la resolució de la sol·licitud es pot formular oposició judicial en el termini de dos mesos des de la notificació o des de la finalització del termini màxim per resoldre, que és de tres mesos. No s'acaba d'entendre la finalitat d'aquesta revisió quan s'ha optat per establir un termini de tres mesos per poder-se oposar judicialment al desempament. Aquesta possibilitat també es va introduir al redactat de l'article 172 del Codi Civil espanyol en la modificació operada per la Llei 54/2007. Al meu entendre es tracta d'un termini massa llarg que pot dilatar, encara més, l'adopció del menor.

Fora del supòsit que s'hagi acordat l'acolliment preadoptiu i sigui ferm, la resolució que disposi, limiti o exclogui el règim de relació i visites és impugnable davant la jurisdicció civil en el termini de dos mesos comptats des de la seva notificació o desestimació presumpte per silenci, que es produeix als tres mesos de la sol·licitud (art. 114 del projecte).

5. Tipologia de les mesures de protecció

Sota aquest títol, l'article 118 del projecte estableix quines són les mesures que es poden adoptar sempre tenint en compte l'interès del menor.

“Article 118. Tipologia de mesures

Les mesures que cal adoptar per resolució motivada, sempre tenint en compte l'interès de la persona infant o adolescent, poden ésser:

- a) L'acolliment familiar simple per una persona o una família que puguin substituir, temporalment, el nucli familiar natural de la persona infant o adolescent.
- b) L'acolliment familiar permanent.
- c) L'acolliment familiar en unitat convivencial d'acció educativa.
- d) L'acolliment en centre públic o concertat.
- e) L'acolliment preadoptiu.
- f) Mesures de transició a la vida adulta i autonomia personal.
- g) Qualsevol altra mesura aconsellable, de caràcter assistencial, educatiu o terapèutic, ateses les circumstàncies de la persona infant o adolescent”.

Com a novetats podem observar que s'introdueixen com a noves mesures: l'acolliment permanent, l'acolliment familiar en unitat

convivencial d'acció educativa (UCAE), i les mesures de transició a la vida adulta i autonomia personal.

Veiem com en el projecte ha desaparegut l'expressió “**definitivament**” de la mesura d'acolliment simple en família que utilitzava l'article 5 de la LIPMDA. Això s'explica perquè s'ha optat per introduir una nova mesura autònoma com és l'acolliment permanent, que després analitzarem. En realitat, dins l'acolliment simple s'utilitza l'acolliment de llarga durada, modalitat que troba el seu acompanyament en l'expressió “definitivament” si bé això no es concilia amb la duració màxima de la mesura d'un any (art. 11 LIPMDA) sens perjudici de la pròrroga que poden proposar els equips tècnics (art. 53.2 del RPMDA).

En canvi l'article 10.1 de la LIPMDA diu que aquesta mesura s'ha d'aplicar quan es prevegi que el desemparament o necessitat de separació de la família pròpia seran transitoris o **quan, tot hi haver-hi els requisits per a l'acolliment preadoptiu, aquest no s'hagués pogut constituir**. Aquest precepte està pensat quan, per oposició dels pares naturals, no es pot constituir l'acolliment preadoptiu en seu administrativa i s'ha de constituir mitjançant resolució judicial, a diferència d'allò que diu l'article 5 quan defineix la mesura. Això ha possibilitat que molts menors que es trobaven en centres d'acollida poguessin ser assignats amb famílies seleccionades per acolliment preadoptiu mitjançant un acolliment simple mentre durava el procés judicial de constitució del preadoptiu quan els progenitors mostraven la seva oposició a la mesura.

Sigui com sigui, el projecte separa cada mesura i dona una solució autòctona a cada situació: els acolliments de llarga durada els conceptua com a acolliments permanents i l'acolliment preadoptiu, en seu administrativa, possibilita l'assignació del menor a la persona o família seleccionada, en ser intranscendent l'assentiment dels pares del menor.

6. Revisió i modificació de la mesura de les mesures

“Article 120. Revisió i modificació. Les mesures de protecció poden ser revisades i modificades en qualsevol moment en funció de l'evolució de la situació de la persona infant o adolescent. Amb aquesta finalitat, els equips tècnics competents han d'informar a l'òrgan competent en matèria de protecció de la infància i l'adolescència semestralment sobre la seva evolució i seguiment”.

Aquesta és una altra novetat del projecte ja que en la LIPMDA no se'n diu res, si bé sí que es preveu en l'article 53 del Reglament.

7. Impugnació de les mesures (art. 121)

L'article 121 del projecte no diu qui pot impugnar judicialment la mesura —llevat de la referència explícita a l'adolescent— a diferència dels articles 7 i 8 de la LIPMDA, quan diuen que estan legítims per fer-ho els pares, tutors, guardador o familiars que darrerament hagin conviscut amb el menor. En canvi, per revisar la declaració de desemparament, segons l'article 113, només ho poden fer els progenitors que no hagin estat privats de la potestat parental o les persones titulars de la tutela que no hagin estat remogudes del càrrec. Hem d'entendre que només aquests podran impugnar les mesures i no els guardadors o altres familiars. Personalment crec que ha estat un encert limitar la legitimació només a aquelles persones titulars de la potestat o tutors.

El termini per impugnar la mesura de **dos mesos** comptadors des de la notificació de la resolució és, també, una novetat de la llei, que vol imposar un límit temporal a l'oposició dels pares o tutors en contraposició amb el règim anterior si bé aquest límit ja es va introduir en l'article 780 de la Llei d'enjudiciament civil, com en el cas de l'oposició al desemparament que, com hem vist, és de tres mesos.

L'apartat segon d'aquest precepte, en coherència amb allò que diu l'article 113, diu que, no obstant això, passat el termini de dos anys els progenitors no podran oposar-se a les mesures que s'adoptin, llevat de la resolució que acordi l'acolliment preadoptiu. En primer lloc veiem que aquí només es parla de progenitors i no de tutors en contradicció amb el propi article 113. Pensem que es tracta d'una omisió involuntària que hauria de ser esmenada en seu parlamentària. Quant a la possibilitat d'oposició a l'acolliment preadoptiu, crec que és un desencert i una dilació innecessària del procés d'adopció com més endavant tindrem ocasió d'analitzar.

Una altra novetat important que incorpora aquest article és la possibilitat d'impugnació de la mesura per part de l'adolescent (major de 12 anys) amb la deguda prevenció que li sigui nomenat un defensor judicial. Amb aquesta possibilitat es reforcen els drets del menor adolescent a qui la llei reconeix capacitat necessària per oposar-se a la mesura. Fins ara només ha de ser escoltat (art. 5.4 LIPMDA). Aquesta possibilitat, però, s'ha d'acollir amb certa cautela tota vegada que no sempre el desig de l'adolescent pot ser el que més convingui al seu interès.

8. L'acolliment familiar

“Article 123. La mesura d'acolliment familiar

1. La persona infant o adolescent desemparada ha d'ésser confiada a una altra família o a una persona que faci possible el desenvolupament integral de la seva personalitat.³⁹
2. Les persones que rebin una persona infant o adolescent en

39. En l'avantprojecte es feia explícita referència a la no discriminació per raó de sexe en la selecció de la família o persona.

acolliment tenen l'obligació de vetllar per ella, tenir-la en llur companyia, alimentar-la, educar-la i procurar-li una formació integral, sota la supervisió de l'entitat competent, que ha de facilitar l'ajut i assessorament necessari”.

L'apartat 2 reitera allò que diu l'article 10.2 de la LIPMDA.

l'acolliment familiar requereix el consentiment dels acollidors i del adolescent no així el dels pares o tutors i l'acte de formalització amb els acollidors no és impugnoble a diferència de la mesura que la declara. Com a novetat s'introdueix el consentiment de l'adolescent per a la formalització de l'acolliment familiar (art. 127).

Es manté el criteri de confiar en una mateixa persona o família l'acolliment de germans o germanes llevat que existeixin circumstàncies que justifiquin la seva separació i també l'obligació de facilitar les relacions entre el menor i la seva família natural quan sigui possible el seu reintegrament.

Quant al cessament de la mesura (art. 128) introdueix la novetat de la voluntat de l'adolescent, supòsit en el qual es diu –com en els altres supòsits de cessament (mort, incapacitat o voluntat de la família acollidora)– que s'haurà d'establir la mesura de protecció que s'escaigui.

Tot i considerar positiu, en termes generals, la major implicació de l'adolescent en les mesures que l'afecten, crec que la voluntat de l'adolescent no hauria de ser decisiva per canviar la mesura d'acolliment familiar simple, tenint en compte la singularitat del procés d'adolescència i els condicionants amb la família natural, on no sempre la voluntat del menor representa el millor per a aquest, i n'hi ha prou amb el requisit de ser escoltat. En canvi sí que es justifica el consentiment en l'acolliment preadoptiu i en l'adopció ja que comportarà, en aquest cas, un canvi de filiació.

9. Clases d'acolliment familiar

a) L'acolliment familiar simple per una persona o una família que puguin substituir, temporalment, el nucli familiar natural de la persona infant o adolescent

L'acolliment simple amb família aliena és concebut com una mesura de protecció per la qual un menor en situació de desemparament és confiat a una persona o família perquè, sense tenir cap vincle familiar amb aquell, en tingui cura personal amb caràcter temporal, amb la finalitat que el seu desenvolupament integral tingui lloc en un medi familiar adequat i, si és possible, la seva reintegració a la família d'origen.

Els criteris de selecció, segons diu l'article 127.2 del projecte, han de ser establerts per Reglament tot tenint en compte l'edat, l'aptitud educadora, la situació familiar i altres circumstàncies en interès del menor, reproducció de l'article 10.4 de la LIPMDA. Quant al Reglament vigent, aquestes circumstàncies es desenvolupen en l'article 61.

En relació amb la selecció de les persones i famílies, la doctrina ha criticat que, quan excepcionalment es pugui passar de l'acolliment simple directament a l'adopció (art. 117.1,e) del CF), perquè han canviat les circumstàncies i ja no és possible el retorn del menor a la seva família d'origen, no s'exigeixin els mateixos controls i requisits que es preveuen en el procés d'estudi i valoració dels sol·licitants d'adopció com: tenir en compte la flexibilitat d'actituds i l'adaptabilitat a la nova situació que planteja l'adopció (art. 71.1.d) del RPMDA), així com la motivació per exercir funcions parentals (art. 71.1.e) del RPMDA), circumstàncies que no s'exigeixen en el procés de valoració de l'acolliment simple.⁴⁰

40. "El acogimiento simple". Joan EGEA FERNANDEZ. "Protección de menores, acogimiento y adopción". Ed. Marcial Pons, 1999.

Això, diu l'autor, podria comportar l'efecte pervers de la vulneració de les garanties en no respectar l'ordre cronològic de les sol·licituds en l'assignació del menor i la subjecció al mateix procés de selecció. Quant al primer motiu referit als criteris d'assignació (art. 75 RPMDA), aquests estan precedits pel principi de l'interès superior del menor i a partir de les seves necessitats. És obvi que si la relació convivencial del menor amb l'acollidor simple és favorable per a aquell, el més normal és que es constitueixi l'adopció amb aquest i no una altra persona o família en espera d'assignació, ja que preval l'interès del menor a l'ordre cronològic de sol·licituds.

Qüestió diferent és la segona observació referida a la no-subjecció al procés d'estudi i valoració d'aquells que volen adoptar i no pel que fa a les expectatives de tercers sol·licitants d'adopció, sinó respecte al propi interès del menor ja que la valoració conjunta de les circumstàncies per a les persones sol·licitants d'adopció i la finalitat del procés és la de determinar la idoneïtat de la persona o família que vol adoptar per tal de garantir la cobertura de les necessitats del menor i el compliment de les obligacions establertes legalment i garantir, concretament, que la persona o família pot oferir al menor l'estabilitat, la cura i el respecte als seus senyals d'identitat que permetin el seu desenvolupament integral (art. 70 RPMDA). És, per tant, en consideració a l'interès superior del menor i de la viabilitat del projecte adoptiu que es justificaria la necessitat de complementar el procés de selecció per determinar la idoneïtat per adoptar dels acollidors simples. Aquesta exigència es podria introduir en l'article 235-32.2 del PCCC, que s'està tramitant en el Parlament, que regula aquesta possibilitat en substitució de l'article 117.1e) del CF i, si escau, en el RPMDA.

Quant a la durada de la mesura, es remet al Reglament –en el vigent no se'n diu res– a diferència de l'article 11.1 de la LIPMDA, que estableix una duració màxima d'un any llevat que sigui prorrogada. Aquesta omisió no s'explica tenint en compte que el trans-

curs del temps és fonamental per valorar el possible retorn del menor a la seva família natural. Ha de ser precisament en el temps de durada de la mesura que es compleixin els plans de millora que han de possibilitar, en el seu cas, el reingrés del menor. En cas contrari s'està produint una indeterminació del timing de la mesura que en res beneficia l'estabilitat i l'interès del menor i s'incompleix amb el deure de l'entitat pública de fer les pertinents revisions i controls d'aquella (art. 53.1 RPMDA) En aquest procés, és on els equips tècnics han de treballar intensament amb la família natural i verificar el compliment dels plans de millora i, en cas d'incompliment reiterat, han de proposar el canvi de mesura en benefici del menor. Només així es pot trencar la dinàmica actual de cronificació de la mesura d'acolliment simple, en el millor dels casos, o institucional, en el pitjor, en detriment del dret de l'infant i adolescent a créixer en una família alternativa amb tot el que això comporta.

b) L'acolliment familiar permanent

Es constitueix quan es preveu que el desemparament serà definitiu i no es consideri més favorable a l'interès de la persona infant o adolescent l'aplicació de l'acolliment preadoptiu o que no sigui possible.

Aquesta és una altra novetat del projecte, i s'assimila així a la mesura prevista sota aquesta terminologia en el Codi Civil espanyol (art. 173 bis). En realitat és una mesura que, com hem dit abans, ja es considerava com una modalitat de l'acolliment simple (art. 5 LIPMDA) quan diu: "substituir, provisionalment o definitivament, el seu nucli familiar natural". Per tant, es tractaria de dotar-la d'autonomia respecte de l'acolliment simple "de llarga durada" com se la venia definint. No obstant això, paga la pena dir dues coses respecte d'aquesta mesura.

En primer lloc hauria de tenir una aplicació restrictiva i subsidiària de l'acolliment preadoptiu o de l'adopció. La mesura està pen-

sada per a aquells supòsits en els quals, per interès del menor, convé mantenir els lligams amb la família natural i sempre circumscrit a causes no culpables que hagin dut al desemparament: malaltia greu, impossibilitat d'exercir funcions parentals, etc. Si no és així, es corre el perill que s'utilitzi aquesta modalitat d'acolliment per a altres motius i sigui un límit a la constitució d'una adopció que, en el supòsit que no sigui possible la reintegració del menor, s'ha d'entendre és la mesura més beneficiosa per a ell.

En segon lloc, cal dir que s'hauria de preveure la possibilitat d'atribuir als acollidors les facultats tutelars, tal com es preveu en l'article 173 bis, 2n, del codi civil espanyol.

c) L'acolliment familiar en unitat convivencial d'acció educativa

Aquesta mesura, anunciada des de fa temps per pal·liar la manca de persones o famílies d'acolliment simple, constitueix una novetat sense precedents. Segons l'article 129 del projecte, és aquell que és exercit per persona o persones prèviament seleccionades per la seva experiència i/o professió.

Es tracta d'unitats convivencials professionalitzades però amb un esquema organitzatiu tan similar com sigui possible a un nucli familiar per ajudar a la millor integració del menor. La seva composició reservada al Reglament ha de respondre al perfil de persones qualificades per raó de la seva titulació, formació i experiència en l'àmbit de la infància i l'adolescència com poden ser: psicòlegs, treballadors socials, educadors, mestres, metges, etc.

A diferència d'allò que es diu quan es refereix a l'acolliment en família extensa i en família aliena, en el sentit que es pot constituir en les dues modalitats d'acolliment: simple i permanent, res es diu en l'acolliment d'unitat convivencial, si bé per la seva naturalesa i composició, hauria de limitar-se a la modalitat d'acolliment simple.

Aquestes unitats estan definides pel sistema català de serveis socials i normativa sectorial com a serveis d'integració familiar i fonamentalment tenen com a prioritat l'assumpció d'infants i adolescents amb dificultats o necessitats educatives especials i grups de germans.

d) L'acolliment preadoptiu

Segons l'article 145 del projecte, la mesura d'acolliment preadoptiu, com a pas previ per a l'adopció, s'acorda en els casos següents:

- a) *Si no és possible la reintegració* de la persona infant o adolescent en la seva família d'origen i es considera que el més favorable al seu interès és la plena integració en una altra família mitjançant l'adopció;
- b) si els progenitors o titulars de la tutela ho sol·liciten a l'entitat pública competent i fan abandonament dels drets i dels deures inherents a llur condició.

Aquest precepte conté diverses novetats respecte a l'actual regulació continguda en l'article 13 de la LIPMDA. En primer lloc s'aparta de les causes culposes, previstes també com a causes qualificades de desemparament de l'article 2.2b) i c) de la mateixa llei, que passen a ser indicadors de desemparament en el projecte. Això obeeix a la major importància que es dona al fet de la impossibilitat de reintegració a la família d'origen més enllà de les causes que van portar al desemparament de l'infant o adolescent. Aquesta intenció es veu encara més en l'apartat 2 de l'article 145 quan diu que *"s'entén que no és factible la reintegració de la persona infant o adolescent en la seva família biològica quan, tot i existir una possibilitat de reintegració, aquesta requeriria el transcurs d'un període de temps durant el qual es pot produir un major deteriorament psicosocial en el desenvolupament evolutiu de la persona infant o adolescent"*. Per primera vegada, **el temps té un paper fonamental per determinar la constitució d'aquesta mesura prèvia a l'adopció, més enllà de**

les causes que van portar a declarar el desemparament i, el que és més important, de l'actitud i comportament dels progenitors.

Al meu entendre, es podria anar més enllà i introduir com a nou supòsit el fet de transcórrer el límit temporal d'un any sota la mesura d'acolliment simple sense que s'hagin acomplert els objectius fixats en el pla de millora, tal com deia en comentar aquesta mesura.

Una altra novetat important és que la mesura de l'acolliment preadoptiu **es constitueix sempre en seu administrativa** sense necessitat del consentiment dels progenitors (art. 146.1), amb la qual cosa s'evita que l'oposició dels pares aturi la constitució i formalització de la mesura.

No obstant això, en l'apartat 2 es diu que els progenitors, tutors o la mare que hagi fet abandonament voluntari, **poden oposar-se judicialment** a l'acolliment preadoptiu dins del termini de dos mesos. I aquí és on crec que se segueix cometent un greu error.

Efectivament, la doctrina està d'acord a afirmar que la finalitat de l'acolliment preadoptiu és la d'establir un període de prova per tal de garantir l'èxit del projecte adoptiu i intentar que la integració del menor amb la seva família adoptiva sigui el menys traumàtica possible i més beneficiosa per al menor. I amb això estem plenament d'acord. De fet, quan el legislador català va optar per establir l'acolliment preadoptiu, es va emmirallar en el Conveni europeu en matèria d'adopció de 24 d'abril de 1967,⁴¹ que aconsella als estats que incorporin un període de prova. Ara bé, precisament el període de prova afecta l'acoblament del menor amb la família adoptiva i res té a veure amb la família d'origen d'aquell, la qual no es pot oposar judicialment a la seva formalització (art. 147

41. V. el preàmbul de la Llei 37/1991, de 30 de desembre, sobre mesures de protecció de menors desemparats i d'adopció.

del projecte). Per tant, entenem que ni els progenitors ni els tutors haurien de poder oposar-se judicialment a la mesura d'acolliment preadoptiu, que no deixa de ser una fase prèvia de la mesura principal, que és l'adopció. És en seu d'adopció on els progenitors podran oposar-se, en compareixença davant del jutjat competent, per determinar la necessitat de donar el seu assentiment i determinar si concorre o no causa de la privació de la potestat en un dels progenitors o en ambdós (art. 235-42 del PCCC).

En el Codi Civil espanyol no es configura l'acolliment preadoptiu com a requisit ni com a fase prèvia a l'adopció, sinó que es constitueix simultàniament al moment que l'entitat pública eleva la proposta d'adopció al Jutjat, que en realitat s'assimila a l'acolliment provisional. Només quan ho consideri necessari l'entitat pública pot constituir-lo prèviament a elevar la proposta per establir un període d'adaptació del menor a la família.

La possibilitat d'oposició dels pares o tutors a la mesura de preadoptiu res aporta a les garanties d'aquests i en canvi produeix un important retard en la constitució de l'adopció, en definitiva contrari a l'interès del menor.

Quant al **cessament de la mesura**, que remet a les causes comunes a totes les mesures de protecció (art. 122), diu que en cas de cessament per mort, incapacitat o voluntat de les persones acollidores, comporta necessàriament l'establiment de la mesura de protecció que més escaigui. De fet la mesura en si no ve referida a la persona o família acollidora concreta sinó a les circumstàncies d'impossibilitar el retorn a la família d'origen, per la qual cosa el cessament del preadoptiu constituït per mort, incapacitat o voluntat dels acollidors no hauria, necessàriament, de provocar un canvi de mesura sinó la formalització del preadoptiu amb una altra persona o família seleccionada a l'efecte.

VI. L'adopció

1. L'adopció de menors desemparats

Com hem dit l'adopció de menors desemparats constitueix la mesura de protecció més dràstica de totes ja que comporta el trencament definitiu dels lligams amb la família d'origen i produeix una nova relació jurídica de filiació. La intervenció de l'entitat pública és imprescindible per iniciar el procés mitjançant la proposta prèvia (art. 120.1 del CF) i requereix per a la seva constitució resolució judicial motivada.

La regulació vigent de l'adopció està prevista en el títol V del Codi de Família (art. 115 a 131). Actualment s'està tramitant en seu parlamentària el projecte de Llei del llibre segon del Codi Civil, relatiu a la persona i la família (PCCC).

Com a novetats a destacar, en senyalem les següents:

1) En l'article 235-32 del PCCC quan diu que poden ser adoptades les persones majors d'edat en l'apartat b) es refereix als orfes que són parents de l'adoptant fins al quart grau de consanguinitat o afinitat. Actualment l'article 117.1b) arriba fins al tercer grau.

2) En l'apartat 2 de l'article 235-32 del PCCC s'ha suprimit l'expressió "Excepcionalment" que es contenia en l'article 117.1e) del CF referida a la possibilitat de ser adoptats els menors desemparats que es trobin en situació d'acolliment simple sense necessitat de passar pel preadoptiu. L'excepcionalitat semblava restringir la seva aplicació efectiva en contra de l'interès del menor.

3) En l'article 235-33 del PCCC quan parla de les persones majors d'edat o emancipats que poden ser adoptades, s'ha suprimit la referència a aquells que es trobin en situació d'acolliment simple

si concorren les circumstàncies de no retorn a la seva família d'origen (art. 117.2 CF) i es redueix a sis mesos immediatament anteriors a la majoria d'edat o emancipació d'estar en situació de preadoptiu, que en el CF és d'un any. Quant a la primera modificació, no es comprèn la supressió tota vegada que fa inviable l'aplicació efectiva de l'article precedent del PCCC. Seria preferible mantenir aquesta possibilitat afegint-hi l'acolliment simple si bé comptant els sis mesos des del canvi de circumstàncies que fan inviable el retorn.

4) En relació amb l'assentiment, l'article 235-41 continua mantenint bàsicament el redactat del vigent article 122 del CF. Els progenitors renuncien així a la relació juridicofilial, però en cap cas aquest assentiment és suficient per constituir l'adopció judicial. No és, per tant, un negoci jurídic consensual determinant del contingut de la relació jurídica de la nova filiació adoptiva.

Ara bé, tant la normativa vigent com la que es pretén modificar preveuen els casos en què els progenitors no han de donar el seu assentiment per a la constitució de l'adopció i són quan estiguin privats legalment de la potestat o estiguin sotmesos a una causa de privació d'aquesta.

La privació de la potestat es fonamenta en l'incompliment greu o reiterat dels deures que li són inherents (art. 136.1 CF). Com sigui que la major part d'indicadors del desemparament es refereixen a causes culposes, rarament ens trobarem amb supòsits en què els progenitors no es trobin sotmesos en causa de privació de la potestat. No obstant això, una novetat dels projectes que estudiem és el fet que els motius pels quals es pot acordar la mesura d'acolliment preadoptiu es desvinculen ara de les causes culposes o agreujades del desemparament contingudes en el vigent article 13.1a) de la LIPMDA, referint-se a la impossibilitat de reintegrar el menor a la seva família d'origen, entenent que no és factible la

reintegració quan, tot i existir una possibilitat de reintegració, aquesta requeriria d'un període de temps durant el qual es pot produir un major deteriorament psicosocial en el desenvolupament evolutiu del menor. En aquest cas, aquesta circumstància s'haurà d'apreciar en seu del preadoptiu administratiu i, en cas d'oposició, en seu judicial. Ara bé, si se suprimeix l'oposició judicial al preadoptiu administratiu, s'hauria d'introduir un nou supòsit en què no sigui necessari l'assentiment dels progenitors en l'art. 235-41 del PCCC quan s'hagi acreditat que no és possible el reintegrament del menor en la seva família biològica en els termes que indiquen l'article 235-34 i l'article 145.2 del projecte de llei de drets i oportunitats de la infància.

Una altra novetat introduïda en l'article 235-31 és la supressió del supòsit que el menor hagi estat en situació d'acolliment preadoptiu sense oposició, durant més d'un any, per tal de poder prescindir de l'assentiment dels progenitors que preveu l'article 112.1b) del CF. Aquesta supressió és coherent amb el límit màxim de dos mesos per impugnar les mesures de protecció, d'acord amb l'article 121.1 del PLIDOIA i la impossibilitat de revisió de l'apartat segon d'aquest article, termini passat el qual el preadoptiu esdevé ferm, supòsit que sí que es preveu per prescindir de l'assentiment.

2. Adopció internacional

Poques novetats respecte de la regulació actual continguda en els articles 124 a 126 del CF.

L'article 235-44 del PCCC segueix contenint els principis i les garanties dels processos d'adopció internacional continguts en el conveni relatiu a la protecció a la infància i a la cooperació en matèria d'adopció internacional de 29 de maig de 1993. La novetat és l'apartat quart, que preveu la possibilitat de reconversió a l'adopció d'aquelles situacions anàlogues a l'acolliment o a la

tutela constituïdes a l'estranger en països on no hi hagi prevista l'adopció ni cap altra institució equivalent. Això s'hauria de completar amb allò que disposa l'article 30 de la Llei 54/2007, d'adopció internacional.

No obstant això, continuen sense diferenciar-se aquelles adopcions que es tramiten de conformitat amb el Conveni de l'Haia amb països tercers que l'han ratificat d'aquells que no l'han ratificat. En aquest sentit, l'article 27 de l'esmentat conveni preveu que l'adopció constituïda en un estat membre que no produeixi l'efecte de la ruptura del vincle de filiació preexistent –com és el cas de les adopcions simples de Mèxic– pugui ser convertida en una adopció que produeixi aquest efecte en l'estat de recepció del menor si la llei de l'Estat de recepció ho permet i si s'han atorgat els consentiments exigits per tal que es produeixin aquests efectes. En aquests casos la llei hauria de dir que no és necessària la conversió judicial de l'adopció sinó que directament la pugui reconèixer i inscriure l'encarregat del registre civil central competent. Com sigui que el conveni de l'Haia, un cop ratificat, forma part de l'ordenament jurídic intern i és d'aplicació directa, el legislador català podria considerar aquesta possibilitat.

Crida l'atenció que a aquestes alçades encara es mantingui, en l'apartat quart de l'article 235-46.2 del PCCC, la declaració d'idoneïtat a posteriori a la constitució de l'adopció al país d'origen del menor per al seu reconeixement i que s'arrossega de la disposició addicional sisena del RPMDA de gener de 1997, que tenia la vocació d'una disposició transitòria per tal de regularitzar situacions ja creades a la seva entrada en vigor i que era una situació a extingir. El manteniment d'aquesta previsió legal va frontalment en contra del Conveni de l'Haia i de l'article 26.3 de la Llei d'adopció internacional, que textualment diu: “Cuando el adoptante sea español y residente en España la entidad pública española deberá declarar su idoneidad previamente a la constitución de la adopción por el

órgano competente extranjero”, sense que s'estableixi cap excepció. I és que el certificat d'idoneïtat constitueix el document públic per excel·lència per iniciar els tràmits de l'adopció internacional en el país d'origen del menor. Mantenir aquesta disposició, al marge de ser contrari a normes supraestatals, va en contra de l'interès del menor ja que vulnera el dret a tenir uns pares suficientment capacitats per dur a terme el projecte adoptiu.

ANNEX I

CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General
en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989

Preambulo

Los Estados Partes en la presente Convención,

Considerando que, de conformidad con los principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo se basan en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana,

Teniendo presente que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre y en la dignidad y el valor de la persona humana, y que han decidido promover el progreso social y elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad,

Reconociendo que las Naciones Unidas han proclamado y acordado en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los pactos internacionales de derechos humanos, que toda persona tiene todos los derechos y libertades enunciados en ellos, sin distinción alguna, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición,

Recordando que en la Declaración Universal de Derechos Humanos las Naciones Unidas proclamaron que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales,

Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad,

Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión,

Considerando que el niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad,

Teniendo presente que la necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño,

Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”,

Recordando lo dispuesto en la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional; las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing); y la Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado,

Reconociendo que en todos los países del mundo hay niños que viven en condiciones excepcionalmente difíciles y que esos niños necesitan especial consideración,

Teniendo debidamente en cuenta la importancia de las tradiciones y los valores culturales de cada pueblo para la protección y el desarrollo armonioso del niño,

Reconociendo la importancia de la cooperación internacional para el mejoramiento de las condiciones de vida de los niños en todos los países, en particular en los países en desarrollo,
Han convenido en lo siguiente:

PARTE I

Artículo 1

Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

Artículo 2

1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.
2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

Artículo 3

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.
2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.
3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas

establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

Artículo 4

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.

Artículo 5

Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

Artículo 6

1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.
2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.

Artículo 7

1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nom-

bre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.

Artículo 8

1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.
2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

Artículo 9

1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.
2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas

las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.

3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.
4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.

Artículo 10

1. De conformidad con la obligación que incumbe a los Estados Partes a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 9, toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva. Los Estados Partes garantizarán, además, que la presentación de tal petición no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares.

2. El niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres. Con tal fin, y de conformidad con la obligación asumida por los Estados Partes en virtud del párrafo 1 del artículo 9, los Estados Partes respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio, y de entrar en su propio país. El derecho de salir de cualquier país estará sujeto solamente a las restricciones estipuladas por ley y que sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de otras personas y que estén en consonancia con los demás derechos reconocidos por la presente Convención.

Artículo 11

1. Los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero.
2. Para este fin, los Estados Partes promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes.

Artículo 12

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.
2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por

medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

Artículo 13

1. El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño.
2. El ejercicio de tal derecho podrá estar sujeto a ciertas restricciones, que serán únicamente las que la ley prevea y sean necesarias:
 - a) Para el respeto de los derechos o la reputación de los demás; o
 - b) Para la protección de la seguridad nacional o el orden público o para proteger la salud o la moral públicas.

Artículo 14

1. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.
2. Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades.
3. La libertad de profesar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

Artículo 15

1. Los Estados Partes reconocen los derechos del niño a la libertad de asociación y a la libertad de celebrar reuniones pacíficas.
2. No se impondrán restricciones al ejercicio de estos derechos distintas de las establecidas de conformidad con la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional o pública, el orden público, la protección de la salud y la moral públicas o la protección de los derechos y libertades de los demás.

Artículo 16

1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación.
2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques.

Artículo 17

Los Estados Partes reconocen la importante función que desempeñan los medios de comunicación y velarán por que el niño tenga acceso a información y material procedentes de diversas fuentes nacionales e internacionales, en especial la información y el material que tengan por finalidad promover su bienestar social, espiritual y moral y su salud física y mental. Con tal objeto, los Estados Partes:

- a) Alentarán a los medios de comunicación a difundir información y materiales de interés social y cultural para el niño, de conformidad con el espíritu del artículo 29;

b) Promoverán la cooperación internacional en la producción, el intercambio y la difusión de esa información y esos materiales procedentes de diversas fuentes culturales, nacionales e internacionales;

c) Alentarán la producción y difusión de libros para niños;

d) Alentarán a los medios de comunicación a que tengan particularmente en cuenta las necesidades lingüísticas del niño perteneciente a un grupo minoritario o que sea indígena;

e) Promoverán la elaboración de directrices apropiadas para proteger al niño contra toda información y material perjudicial para su bienestar, teniendo en cuenta las disposiciones de los artículos 13 y 18.

Artículo 18

1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.
2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.

3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas.

Artículo 19

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.
2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial.

Artículo 20

1. Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado.
2. Los Estados Partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños.

3. Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción o de ser necesario, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.

Artículo 21

Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y:

- a) Velarán por que la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario;
- b) Reconocerán que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño, en el caso de que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen;
- c) Velarán por que el niño que haya de ser adoptado en otro país goce de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen;

- d) Adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que, en el caso de adopción en otro país, la colocación no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella;
- e) Promoverán, cuando corresponda, los objetivos del presente artículo mediante la concertación de arreglos o acuerdos bilaterales o multilaterales y se esforzarán, dentro de este marco, por garantizar que la colocación del niño en otro país se efectúe por medio de las autoridades u organismos competentes.

Artículo 22

1. Los Estados Partes adoptarán medidas adecuadas para lograr que el niño que trate de obtener el estatuto de refugiado o que sea considerado refugiado de conformidad con el derecho y los procedimientos internacionales o internos aplicables reciba, tanto si está solo como si está acompañado de sus padres o de cualquier otra persona, la protección y la asistencia humanitaria adecuadas para el disfrute de los derechos pertinentes enunciados en la presente Convención y en otros instrumentos internacionales de derechos humanos o de carácter humanitario en que dichos Estados sean partes.
2. A tal efecto los Estados Partes cooperarán, en la forma que estimen apropiada, en todos los esfuerzos de las Naciones Unidas y demás organizaciones intergubernamentales competentes u organizaciones no gubernamentales que cooperen con las Naciones Unidas por proteger y ayudar a todo niño refugiado y localizar a sus padres o a otros miembros de su familia, a fin de obtener la información necesaria para que se reúna con su familia. En los casos en que no se pueda localizar a ninguno de los

padres o miembros de la familia, se concederá al niño la misma protección que a cualquier otro niño privado permanente o temporalmente de su medio familiar, por cualquier motivo, como se dispone en la presente Convención.

Artículo 23

1. Los Estados Partes reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad.
2. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño impedido a recibir cuidados especiales y alentarán y asegurarán, con sujeción a los recursos disponibles, la prestación al niño que reúna las condiciones requeridas y a los responsables de su cuidado de la asistencia que se solicite y que sea adecuada al estado del niño y a las circunstancias de sus padres o de otras personas que cuiden de él.
3. En atención a las necesidades especiales del niño impedido, la asistencia que se preste conforme al párrafo 2 del presente artículo será gratuita siempre que sea posible, habida cuenta de la situación económica de los padres o de las otras personas que cuiden del niño, y estará destinada a asegurar que el niño impedido tenga un acceso efectivo a la educación, la capacitación, los servicios sanitarios, los servicios de rehabilitación, la preparación para el empleo y las oportunidades de esparcimiento y reciba tales servicios con el objeto de que el niño logre la integración social y el desarrollo individual, incluido su desarrollo cultural y espiritual, en la máxima medida posible.

4. Los Estados Partes promoverán, con espíritu de cooperación internacional, el intercambio de información adecuada en la esfera de la atención sanitaria preventiva y del tratamiento médico, psicológico y funcional de los niños impedidos, incluida la difusión de información sobre los métodos de rehabilitación y los servicios de enseñanza y formación profesional, así como el acceso a esa información a fin de que los Estados Partes puedan mejorar su capacidad y conocimientos y ampliar su experiencia en estas esferas. A este respecto, se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

Artículo 24

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.
2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para:
 - a) Reducir la mortalidad infantil y en la niñez;
 - b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud;
 - c) Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos

nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente;

d) Asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres;

e) Asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento ambiental y las medidas de prevención de accidentes, tengan acceso a la educación pertinente y reciban apoyo en la aplicación de esos conocimientos;

f) Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia.

3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños.

4. Los Estados Partes se comprometen a promover y alentar la cooperación internacional con miras a lograr progresivamente la plena realización del derecho reconocido en el presente artículo. A este respecto, se tendrán plenamente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

Artículo 25

Los Estados Partes reconocen el derecho del niño que ha sido internado en un establecimiento por las autoridades competentes para los fines de atención, protección o trata-

miento de su salud física o mental a un examen periódico del tratamiento a que esté sometido y de todas las demás circunstancias propias de su internación.

Artículo 26

1. Los Estados Partes reconocerán a todos los niños el derecho a beneficiarse de la seguridad social, incluso del seguro social, y adoptarán las medidas necesarias para lograr la plena realización de este derecho de conformidad con su legislación nacional.
2. Las prestaciones deberían concederse, cuando corresponda, teniendo en cuenta los recursos y la situación del niño y de las personas que sean responsables del mantenimiento del niño, así como cualquier otra consideración pertinente a una solicitud de prestaciones hecha por el niño o en su nombre.

Artículo 27

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.
2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.
3. Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y

programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.

4. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado Parte como si viven en el extranjero. En particular, cuando la persona que tenga la responsabilidad financiera por el niño resida en un Estado diferente de aquel en que resida el niño, los Estados Partes promoverán la adhesión a los convenios internacionales o la concertación de dichos convenios, así como la concertación de cualesquiera otros arreglos apropiados.

Artículo 28

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho, deberán en particular:
 - a) Implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos;
 - b) Fomentar el desarrollo, en sus distintas formas, de la enseñanza secundaria, incluida la enseñanza general y profesional, hacer que todos los niños dispongan de ella y tengan acceso a ella y adoptar medidas apropiadas tales como la implantación de la enseñanza gratuita y la concesión de asistencia financiera en caso de necesidad;
 - c) Hacer la enseñanza superior accesible a todos, sobre la base de la capacidad, por cuantos medios sean apropiados;

- d) Hacer que todos los niños dispongan de información y orientación en cuestiones educacionales y profesionales y tengan acceso a ellas;
 - e) Adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar.
2. Los Estados Partes adoptarán cuantas medidas sean adecuadas para velar por que la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana del niño y de conformidad con la presente Convención.
3. Los Estados Partes fomentarán y alentarán la cooperación internacional en cuestiones de educación, en particular a fin de contribuir a eliminar la ignorancia y el analfabetismo en todo el mundo y de facilitar el acceso a los conocimientos técnicos y a los métodos modernos de enseñanza. A este respecto, se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

Artículo 29 Observación general sobre su aplicación

1. Los Estados Partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a:
- a) Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades;
 - b) Inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas;
 - c) Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del

país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya;

d) Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena;

e) Inculcar al niño el respeto del medio ambiente natural.

2. Nada de lo dispuesto en el presente artículo o en el artículo 28 se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y de las entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 del presente artículo y de que la educación impartida en tales instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado.

Artículo 30

En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, no se negará a un niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma.

Artículo 31

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al descanso y el esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas propias de su edad y a participar libremente en la vida cultural y en las artes.

2. Los Estados Partes respetarán y promoverán el derecho del niño a participar plenamente en la vida cultural y artística y propiciarán oportunidades apropiadas, en condiciones de igualdad, de participar en la vida cultural, artística, recreativa y de esparcimiento.

Artículo 32

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social.
2. Los Estados Partes adoptarán medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales para garantizar la aplicación del presente artículo. Con ese propósito y teniendo en cuenta las disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales, los Estados Partes, en particular:
 - a) Fijarán una edad o edades mínimas para trabajar;
 - b) Dispondrán la reglamentación apropiada de los horarios y condiciones de trabajo;
 - c) Estipularán las penalidades u otras sanciones apropiadas para asegurar la aplicación efectiva del presente artículo.

Artículo 33

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales, para proteger a los niños contra el uso ilícito de los estupefacientes y sustancias sicotrópicas enumeradas en los tratados internacionales pertinentes, y para

impedir que se utilice a niños en la producción y el tráfico ilícitos de esas sustancias.

Artículo 34

Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir:

- a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal;
- b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales;
- c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos.

Artículo 35

Los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma.

Artículo 36

Los Estados Partes protegerán al niño contra todas las demás formas de explotación que sean perjudiciales para cualquier aspecto de su bienestar.

Artículo 37

Los Estados Partes velarán por que:

- a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de

excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad;

- b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda;
- c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales;
- d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción.

Artículo 38

1. Los Estados Partes se comprometen a respetar y velar por que se respeten las normas del derecho internacional humanitario que les sean aplicables en los conflictos armados y que sean pertinentes para el niño.
2. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar que las personas que aún no hayan cum-

plido los 15 años de edad no participen directamente en las hostilidades.

3. Los Estados Partes se abstendrán de reclutar en las fuerzas armadas a las personas que no hayan cumplido los 15 años de edad. Si reclutan personas que hayan cumplido 15 años, pero que sean menores de 18, los Estados Partes procurarán dar prioridad a los de más edad.
4. De conformidad con las obligaciones dimanadas del derecho internacional humanitario de proteger a la población civil durante los conflictos armados, los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar la protección y el cuidado de los niños afectados por un conflicto armado.

Artículo 39

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de: cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; o conflictos armados. Esa recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño.

Artículo 40

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en

cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.

2. Con este fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán, en particular:

a) Que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron;

b) Que a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente:

- Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley;

- Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa;

- Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurí-

dico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales;

- Que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interroge a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad;

- Si se considere que ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley;

- Que el niño contará con la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado;

- Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento.

3. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular:

- a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales;

b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.

4. Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción.

Artículo 41

Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en:

- a) El derecho de un Estado Parte; o
- b) El derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado.

PARTE II (...)

PARTE III (...)

EN TESTIMONIO DE LO CUAL, los infrascritos plenipotenciarios, debidamente autorizados para ello por sus respectivos gobiernos, han firmado la presente Convención.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Ginebra, Suiza

ANNEX II

CONSTITUCIÓ I ESTATUT D'AUTONOMIA

(extracte sobre infància)

A) CONSTITUCIÓ ESPANYOLA

Article 39

1. Els poders públics asseguruen la protecció social, econòmica i jurídica de la família.
2. Els poders públics asseguruen també la protecció integral dels fills, iguals davant la llei amb independència de la filiació, i de les mares, sigui quin sigui el seu estat civil. La llei farà possible la investigació de la paternitat.
3. Els pares han de prestar assistència completa als fills tinguets dins o fora del matrimoni, durant la minoria d'edat i en els altres casos en què la llei els hi obligui.
4. Els infants gaudiran de la protecció prevista en els acords internacionals que vetllen pels seus drets.

B) ESTATUT D'AUTONOMIA DE CATALUNYA

Article 16

Drets en l'àmbit de les famílies

Totes les persones tenen dret, d'acord amb els requisits establerts per la llei, a rebre prestacions socials i ajuts públics per a atendre les càrregues familiars.

Article 17

Drets dels menors

Els menors tenen dret a rebre l'atenció integral necessària per al desenvolupament de llur personalitat i llur benestar en el context familiar i social.

Article 40

Protecció de les persones i de les famílies

1. Els poders públics han de tenir com a objectiu la millora de la qualitat de vida de totes les persones.
2. Els poders públics han de garantir la protecció jurídica, econòmica i social de les diverses modalitats de família que regulen les lleis, com a estructura bàsica i factor de cohesió social i com a primer nucli de convivència de les persones. Així mateix, han de promoure les mesures econòmiques i normatives de suport a les famílies dirigides a garantir la conciliació de la vida laboral i familiar i a tenir descendència, amb una atenció especial a les famílies nombroses.
3. Els poders públics han de garantir la protecció dels infants, especialment contra tota forma d'explotació, d'abandonament, de maltractament o crueltat i de la pobresa

i els seus efectes. En totes les actuacions portades a terme pels poders públics o per institucions privades l'interès superior de l'infant ha d'ésser prioritari.

(...)

Article 166

Serveis socials, voluntariat, menors i promoció de les famílies

1. Correspon a la Generalitat la competència exclusiva en matèria de serveis socials, que inclou en tot cas:

- a) La regulació i l'ordenació de l'activitat de serveis socials, les prestacions tècniques i les prestacions econòmiques amb finalitat assistencial o complementàries d'altres sistemes de previsió pública.
- b) La regulació i l'ordenació de les entitats, els serveis i els establiments públics i privats que presten serveis socials a Catalunya.
- c) La regulació i l'aprovació dels plans i els programes específics dirigits a persones i col·lectius en situació de pobresa o de necessitat social.
- d) La intervenció i el control dels sistemes de protecció social complementària privats.

2. Correspon a la Generalitat la competència exclusiva en matèria de voluntariat, que inclou, en tot cas, la definició de l'activitat i la regulació i la promoció de les actuacions destinades a la solidaritat i a l'acció voluntària que s'executin individualment o per mitjà d'institucions públiques o privades.

3. Correspon a la Generalitat, en matèria de menors:

- a) La competència exclusiva en matèria de protecció

de menors, que inclou, en tot cas, la regulació del règim de la protecció i de les institucions públiques de protecció i tutela dels menors desempa-rats, en situació de risc i dels menors infractors, respectant en aquest darrer cas la legislació penal.

- b) La Generalitat participa en l'elaboració i la reforma de la legislació penal i processal que incideixi en les competències de menors.

4. Correspon a la Generalitat la competència exclusiva en matèria de promoció de les famílies i de la infància, que inclou en tot cas les mesures de protecció social i llur execució.

Anàlisi i debat jurídic
en ocasió del 20è aniversari de la
Convenció Internacional dels Drets de la Infància
i de la presentació del projecte de llei dels
Drets i Oportunitats de la Infància

Pilar Malla, Silvia Giménez-Salinas,
Marino Villa, Dolors Viñas, Joan Manel Abril,
Montserrat Tur, Xavier Campà



Ajuntament de Barcelona

SINDICATURA DE GREUGES
DE BARCELONA